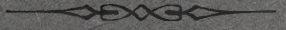
Der untaugliche Versuch

nach dem Reichsstrafgesetzbuche und nach den Entwürfen.



Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen,

vorgelegt von

Albert Karl
aus Diedorf

Referendar
am Landgericht zu München.

Approbiert am 6. Mai 1929.

Babenhausen
Buchdruckerei Jos. Kreutzer & Co.
1929

29:365

Der untaugliche Versuch

nach dem Reichsstrafgesetzbuche und nach den Entwürfen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen,

vorgelegt von

Albert Karl
aus Diedorf

Referendar
am Landgericht zu München.

Approbiert am 6. Mai 1929.

Babenhausen
Buchdruckerei Jos. Kreutzer & Co.
1929

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur-Verzeichnis.

I. Gesetze.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, Berlin 1925.

Entwurf der Strafrechtskommission 1913

Entwurf 1919, Berlin 1921 und Denkschrift zu dem Entwurf 1921, Berlin 1921

Entwurf eines allgm. deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung und 2 Anlagen, Berlin 1927.

Gegenentwurf von 1911

Oesterr. Regierungsentwurf 1913, Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher Nr. 39, Berlin 1919.

Schweizer Regierungsentwurf, Bundesblatt der schweizerischen Eidesgenossenschaft, Jahrgang 1918, Bern 1918.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch mit Begründung Berlin 1909.

II. Abhandlungen.

Bäuchle, Untauglicher Versuch u. Wahnverbrechen Stuttgart 1911.

Beling, Der amtl. Entwurf eines allgem. deutschen Strafgesetzbuchs GS 91 (1925) S. 348 fg.

Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, Berlin-Grunewald 1922.

Binding, Der umgekehrte Irrtum GS 85 (1916–17) S. 177 fg.

Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des VE zu einem deutschen Strafgesetzbuche I. u. III. Beitrag, Leipzig 1910.

Von Buri, Ueber die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung GS 41 (1889) S. 408 fg.

V. Buri, Vorstellung u. Wille GS 43 (1890) S. 241 fg.

V. Buri, Über die untauglichen Versuchhandlungen Z 1 (1881) S. 185 fg.

V. Buri, Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekte GS 20 S. 325.

Celichowski, Die Bedeutung der Lehre vom adäquaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln, Posen 1909.

Cohn, Der untaugliche Versuch, Jur. Wochenschrift, Berlin 1902

Cohn, Zur Lehre vom versuchten u. unvollendeten Verbrechen, Breslau 1880.

Delaquis, Der untaugliche Versuch, Berlin 1904,

Dohna, Mangel am Tatbestand in Festgabe für Güterbock 1910 S. 35 fg.

Dohna, Versuch in Reform des Strafrechts, Berlin u. Leipzig 1926 S. 95 fg.

Ebermayer, Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1914

Fabian, Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt u. Erörterung ihrer Strafbarkeit, Breslau 1905

Finger, Der Versuch u. der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch in Festschrift für Carl Binding, Leipzig 1911

Frank, Vollendung u. Versuch, vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländischen Strafrechts, A. allgem. Teil 5. Band Berlin 1908 S. 163, insbesondere S. 243 fg.

Frank, Kommentar 17. Aufl. 1926 Tübingen.

Geyer, Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen Z 1 (1881) S. 30

Geyer, Über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen GS 18 (1866) S. 35 fg.

Gerland, Kritische Bemerkungen zum allgem. Teil des Strafgesetzentwurfes 1919, Tübingen 1921

Hagemann, Der Versuch beim Mangel des Objekts im GA 32 (1884) S. 221 fg.

Havenstein, Zur Lehre vom untauglichen Versuch in GA 36 (1888) S. 33 fg.

Havenstein, Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch in GA 37 (1889) S. 130 fg.

Haeberlin, Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem R. St. G. B. in GS. 24 S. 253 fg.

Hippel, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurfe von 1925 Z 47 S. 18.

Hippel, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen in Z 42 (1921) S. 525.

Hoegel, Die allgem. Grundsätze des deutschen Strafgesetzvorentwurfes in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung Band 75 S. 229, Nürnberg 1910.

Horn, Der Versuch im Z 20 (1900) S. 300

Huther, Tauglicher und untauglicher Versuch im GA 36 (1888) S. 433.

Klee, Zur Lehre vom strafrechtl. Vorsatz, strafrechtliche Abhandlungen 10 – 15, Breslau 1897

Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, strafrechtliche Abhandlungen 10 – 15, Breslau 1897.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, Mannheim 1890

Köhler, Deutsches Strafrecht, allgem. Teil 1917

Köhler, Der Vergeltungsgedanke u. seine praktische Bedeutung, Leipzig 1909.

Köhler, Reformfragen des Strafrechts, München 1903

Köhler, Studien zum VE eines deutschen Strafgesetzbuches, Nürnberg u. Leipzig 1910,

Kohn, Der untaugliche Versuch u. das Wahnverbrechen hinsichtlich ihrer begrifflichen Scheidung u. ihrer Strafbarkeit, Breslau 1904, Strafrechtliche Abhandlungen 51 – 56

Kriegsmann, Wahnverbrechen u. untauglicher Versuch, Über die Begriffe u. deren Unterscheidung, Breslau 1904 Strafrechtl. Abhandlungen 51 – 56

v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. I. Art.: II, 179; 2. Art. III, 287; 3. Art.: IV. 393 in Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie, Leipzig 1888.

v. Kries, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht in Z 9 (1889) S. 528 fg.

Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs, Wien 1879.

Landmann, Ein Beitrag zur Lehre vom untauglichen Versuch unter Berücksichtigung der deutschen und der schweizerischen Vorentwürfe, Breslau 1916.

Lilienthal, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche, Z 30 S. 224.

Liszt, Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, Z 30 (1909 – 1910) S. 250

Liszt, Das fehlgeschlagene Delikt u. d. Cohn'sche Versuchstheorie, Z 1 S. 93.

Liszt, Die Lehre vom Versuche, Z 25 S. 24

Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin u. Leipzig 1927

Mayer, Versuch und Teilnahme in Reform des Reichsstrafgesetzbuches. Berlin 1910 S. 331.

Mayer, Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch, deutsche Juristenzeitung 7. Jahrgang, Berlin 1902 S. 330.

Meyer, Der Anfang der Ausführung, Tübingen 1892

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche, 11. Auflage, 1927/I

Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, Dorpat 1886

Rosenberg, Über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, Z. 20 S. 685.

Rudert, Die subjektive und die objektive Seite im Tatbestand des untauglichen Versuches, Borna-Leipzig 1907.

Roever, Der untaugliche Versuch de lege lata und de lege ferenda, Rostock 1905.

Schoen, Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und der Standpunkt der Rechtssprechung, Straßburg 1908,

Schoetensack, Verbrechensversuch und deutscher Strafgesetzvorentwurf, Festschrift für Binding.

Schoetensack, Der Versuch und der amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1925), GS 91 (1925) S. 378 fg.

Stenglein, Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch, deutsche Juristenzeitung, 7. Jahrgang, Berlin 1902 S. 333.

Villnow, Versuch, GA 35 (1887) S. 98.

Zimmermann, Zur Auslegung des § 43 R. St. G. B. GA 29 (1881) S. 182,

Zucker, Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA 36 (1888) S. 370.

Zucker, Ein Schlußwort zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA 37 (1889) S. 275.

Abkürzungen

I. Abhandlungen

Baeuchle = Baeuchle, Untauglicher Versuch und Wahnverbrechen, Stuttgart 1911.

Beling GS 91 = B. Der amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, GS 91, S. 348 fg

Beling Methodik = Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, Berlin-Grunewald 1922.

Binding GS 85 = Der umgekehrte Irrtum GS 85 S. 177 fg.

Birkmeyer 1. u. 3. Beitrag = Beiträge zur Kritik des VE zu einem deutschen Strafgesetzbuche 1. u. 3. Beitrag, Leipzig 1910.

V. Buri GS 41 = Über die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung GS 41 S. 408 fg.

v. Buri GS 43 = Vorstellung u. Wille GS 43 S. 241 fg.

v. Buri Z 1 = Über die untauglichen Versuchshandlungen Z 1 S. 185.

v. Buri GS 20 = Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekte GS 20 S. 325 fg.

Celichowski = Die Bedeutung der Lehre vom adäquaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln, Posen 1909.

Cohn Jur. Wochenschrift = Der untaugliche Versuch, Jur. Wochenschrift, Berlin 1902.

Cohn = Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, Breslau 1880.

Delaquis = Der untaugliche Versuch, Berlin 1904.

Dohna, Festgabe für Güterbock = Mangel am Tatbestand in Festgabe für Güterbock 1910 S. 35 fg.

Dohna Reform des Strafrechts = Versuch in Reform des Strafrechts, Berlin u. Leipzig 1926 S. 95 fg.

Ebermayer = Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1914.

Fabian = Abgrenzung vom untauglichen Versuch und Putativdelikt und Erörterung ihrer Strafbarkeit, Breslau 1905.

Finger Festschrift = Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch in Festschrift für Karl Binding, Leipzig 1911.

Frank VD = Vollendung und Versuch, vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, A. Allgemeiner Teil, 5. Band, Berlin 1908, S. 163 fg.

Frank Komm. = Kommentar 17. Aufl. 1926 Tübingen.

Geyer Z 1 = Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen Z 1 S. 30 fg.

Geyer GS 18 = Über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen GS 18 S. 35 fg.

Gerland = Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfes 1919, Tübingen 1921.

Hagemann GA 32 = Der Versuch beim Mangel des Objekts GA 32 S. 221 fg.

Havenstein GA 36 = Zur Lehre vom untauglichen Versuch GA 36 S. 33 fg.

Havenstein GA 37 = Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch GA 37 S. 130 fg.

Häberlin = Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem R. St G. B. GS 24 S. 253 fg.

Hippel Z 47 = Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurfe von 1925 Z 47 S. 18 fg.

Hippel Z 42 = Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen Z 42 S. 525 fg.

Högel = Die allgemeinen Grundsätze des deutschen Strafgesetzvorentwurfes in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung Band 75 S. 229 fg., Nürnberg 1910.

Horn Z 20 = Der Versuch Z 20 S. 300 fg.

Huther GA 36 = Tauglicher und untauglicher Versuch GA 36 S. 433 fg.

Klee Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz = Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz, strafrechtliche Abhandlungen 10 – 15 Breslau 1897.

Klee = Wille und Erfolg in der Versuchslehre, strafrechtliche Abhandlungen 10 – 15, Breslau 1897.

Kohler = Studien aus dem Strafrecht I, Mannheim 1890.

Köhler Deutsches Strafrecht = Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1917.

Köhler Der Vergeltungsgedanke = Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung, Leipzig 1909.

Köhler Reformfragen = Reformfragen des Strafrechts, München 1903

Köhler Studien = Studien zum VE eines deutschen Strafgesetzbuches Nürnberg u. Leipzig 1910.

Kohn = Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen hinsichtlich ihrer begrifflichen Scheidung u. ihrer Strafbarkeit Breslau 1904 Strafrechtliche Abhandlungen 51 – 56.

Kriegsmann = Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, Über die Begriffe und deren Unterscheidung, Breslau 1904, Strafrechtliche Abhandlungen 51 – 56.

v. Kries = Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahrsschrift für wissenschaftl. Philosophie, Leipzig 1888.

v. Kries Z 9 = Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht Z 9, S. 528 fg.

Lammasch = Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechens-Versuchs, Wien 1879.

Landmann = Ein Beitrag zur Lehre vom untauglichen Versuch unter Berücksichtigung der deutschen und der schweizerischen Vorentwürfe, Breslau 1916.

Lilienthal Z 30 = Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche, Z 30 S. 224,

Liszt Z 30 = Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, Z 30 S. 250.

Liszt Z 1 = Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie Z 1, S. 93.

Liszt Z 25 = Zur Lehre vom Versuche, Z 25 S. 24

Liszt-Schmidt = Lehrbuch des Strafrechts, Berlin u. Leipzig 1927.

Mayer Reform des Reichsstrafgesetzbuches = Versuch u. Teilnahme in Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Berlin 1910

Mayer, Deutsche Juristenzeitung = Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch, Deutsche Juristenzeitung, 7. Jahrgang, Berlin 1902.

Meyer, = Anfang der Ausführung, Tübingen 1892.

Olshausen Komm. = Olshausen Kommentar zum Strafgesetzbuche, 11. Aufl. 1927/I.

Rohland = Die Gefahr im Strafrecht, Dorpat 1886

Rosenberg Z 20 = Über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs Z 20.

Rudert = Die subjektive und die objektive Seite im Tatbestand des untauglichen Versuchs, Borna Leipzig 1907

Roever = Der untaugliche Versuch de lege lata und de lege ferenda, Rostock 1905.

Schoen = Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und der Standpunkt der Rechtsprechung, Straßburg 1908

Schoetensack Festschrift = Verbrechensversuch und deutscher Strafgesetzvorentwurf, Festschrift für Binding.

Schoetensack GS 91 = Der Versuch und der amtl. Entwurf eines allgem. deutschen Strafgesetzbuches GS 91

Stenglein = Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch, Deutsche Juristenzeitung, 7. Jahrgang Berlin 1902.

Villnow GA 35 = Versuch GA 35

Zimmermann GA 29 = Zur Auslegung des § 43 R St. G. B. GA 29.

Zucker GA 36 = Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch.

Zucker GA 37 = Ein Schlußwort zur Lehre vom untauglichen Versuch GA 37.

II. Zeitschriften und Entscheidungen.

E = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

GS = Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß.

G = Goltdammer's Archiv für Strafrecht.

Z = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

III. Sonstige Abkürzungen.

Gl. M. = Gleicher Meinung

A. A. = Anderer Ansicht.

Inhaltsübersicht.

A. Vorbemerkungen.

Seite

§ 1 I. Allgemeine Problemstellung . . . 1

1. Stellung des Gesetzes – theoretische Lösung

2. Lösungsversuche aus dem Gesetze – aus dem Wesen des Versuchs – aus dem Wesen der Strafe.

§ 2 II. Die Untauglichkeit von Mittel und Objekt. 4

1. Absolute und relative Untauglichkeit von Mittel und Objekt – Berechtigung einer begrifflichen Unterscheidung von Mittel und Objekt

   a. Absolute und relative Untauglichkeit des Mittels – Berechtigung einer begrifflichen Unterscheidung von absoluter und relativer Untauglichkeit des Mittels, bezw. zwischen tauglichem und untauglichem Mittel – der Begriff des Mittels in seiner Bedeutung für eine theoretische Untersuchung

   b. Absolute und relative Untauglichkeit des Objekts – der Begriff des untauglichen Objekts in seiner Bedeutung für eine theoretische Untersuchung

2 Der untaugliche Versuch als Unterbegriff der irrtümlich deliktischen Handlung – die drei Untergruppen der irrtümlich deliktischen Handlung: Der untaugliche Versuch, der Mangel am Tatbestand und das Wahnverbrechen – die rechtliche Würdigung der irrtümlich deliktischen Handlung in der Theorie

B. Der untaugliche Versuch nach dem geltenden Reichsstrafgesetzbuche.

§ 3 I. Die subjektive Seite des Versuchsbegriffes (der verbrecherische Wille, dolus). . . 8

Willens- und Vorstellungstheorie – Vollendungsvorsatz, Ernstlichkeit des verbrecherischen Willens, – Verhältnis des verbrecherischen Willens zur verbrecherischen Tat.

Seite

II. Die objektive Seite des Versuchsbegriffes

§ 4 Begriff der Handlung – Definition der Handlung als gewillkürte Körperbewegung 10

1. Die objektive Theorie

§ 5 Begriff der Ausführungshandlung nach der objektiven Theorie 11

1. Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung und zwischen tauglicher und untauglicher Ausführungshandlung

a. Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung, die generelle Regel des Lebens als Grenzlinie zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung – keine begrifflich scharfe, aber für die Praxis brauchbare Grenze

b. Grenze zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen

aa. Die taugliche Ausführungshandlung – konkrete Tauglichkeit – generelle Tauglichkeit der Ausführungshandlung – Formulierung des Erfahrungssatzes – Berechtigung einer generellen Betrachtungsweise im Sinne einer nachträglichen Prognose – Anfang der tauglichen Ausführungshandlung – Normwidrigkeit jeder Teilhandlung der tauglichen Ausführungshandlung

bb. Die untaugliche Ausführungshandlung – charakterisiert durch ihre generelle Untauglichkeit für den Erfolg von einem Standpunkt ex ante.

2. Ergebnis der Untersuchung – Kritik

§ 6 Begriff der objektiven Möglichkeit . 20

Begriff der objektiven Möglichkeit in einem logischen Sinne – Verhältnis von objektiver Möglichkeit zu objektiver Unmöglichkeit – die objektive Möglichkeit als subjektives Wahrscheinlichkeitsurteil.

§ 7 Begriff der potentiellen Kausalität . 22

Unterschied zwischen wesentlichen und zufälligen Bedingungen. Begriff der potentiellen Kausalität in einem logischen Sinne – Begriff der konkreten Kausalität – Kausalität der Bedingungen als Glieder einer Bedingungsreihe – Natur der Bedingungen – Prüfung des Verursachungsprozesses – Natur der wesentlichen Bedingungen – Begriff der potentiellen Kausalität.

Seite

§ 8 Begriff der objektiven Gefahr . . . 24

Begriff der objektiven Gefahr als objektive Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses – Berechtigung des Begriffes der objektiven Gefahr – der Begriff der objektiven Gefahr als Wahrscheinlichkeitsurteil.

§ 9 Begriff des Irrtums im objektiven Sinne . 27

Das Wesen des Irrtums beim untauglichen Versuche – Irrtum des Täters bezgl. seiner Ausführungshandlung – rechtliche Würdigung des Irrtums beim untauglichen Versuche.

§ 10 Begriff des Mangels am Tatbestande . 28

Entwicklung des Begriffs des Mangels am Tatbestande – Möglichkeit einer Unterscheidung von Versuch und Mangel am Tatbestand – Mangel des Subjekts – Mangel des Objekts – Unterarten des Mangels am Objekte – Mangel des Mittels im technischen Sinne.

2. Die subjektive Theorie

§ 11 Begriff der Ausführungshandlung nach der subjektiven Theorie 34

Theoretische Grundlage der subjektiven Theorie – Begriff der Vorbereitungshandlung – Wesen des Versuchsbegriffes – Ergebnis einer subjektiven Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung für Theorie und Praxis – Begriff der Ausführungshandlung – Versuch mit abergläubischen Mitteln – Ergebnis.

§ 12 Untauglicher Versuch und Mangel am Tatbestand nach der subjektiven Theorie. 41

Der verbrecherische Wille beim Mangel am Tatbestande – die Vorstellung des Täters bezgl. der begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale – Stellung des RG bei fehlendem Subjekt – bei fehlendem Objekt – Ergebnis.

3. Die subjektiv objektive Theorie

§ 13 Begriff der Ausführungshandlung nach der subjektiv-objektiven Theorie. . . 44

Die subjektiv-objektive Theorie als vermittelnde Theorie – Begriff der Vorbereitungshandlung – Begriff der Ausführungshandlung – Ontologischer und nomologischer Irrtum – Kritik der subjektiv-objektiven Theorie.

§ 14 Begriff des Mangels am Tatbestande nach der subjektiv-objektiven Theorie. . . 48

Theoretiche Grundlage der subjektiv-objektiven Theorie – Abgrenzung von untauglichem Versuch und Mangel

Seite

am Tatbestand – Abgrenzung von Versuch und Mangel am Tatbestand – Ergebnis der subjektiv-objektiven Theorie.

§ 15 Das Wahnverbrechen (Putativdelikt) . . 52

Einheitliche Würdigung des Wahnverbrechens in der Theorie – Wesen des Wahnverbrechens – Unterschied zwischen Wahnverbrechen und untauglichem Versuch – Ergebnis.

§ 16 Ergebnis des Theorienstreites – . . . 54

Unmöglichkeit einer wissenschaftlichen Lösung – Forderung einer Lösung durch den Gesetzgeber.

C. Der untaugliche Versuch nach den Entwürfen.

I. Der untaugliche Versuch nach den deutschen Entwürfen

§ 17 1. Der untaugliche Versuch nach dem VE 1909 (VE 1909 §§ 75, 76, 83) 55

Stellung des VE – Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- u. Ausführungshandlung – VE und Begründung zum VE – der untaugliche Versuch und der Mangel am Tatbestand nach dem VE und nach der Begründung des VE – rechtliche Würdigung der besonders leichten Fälle vom Standpunkt der subjektiven Theorie – Ergebnis.

§ 18 2. Der untaugliche Versuch nach dem GE 1911 (GE 11 §§ 27, 29) 62

Abgrenzung der Vorbereitungshandlung von der Ausführungshandlung – Lösung des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande nach der subjektiv-objektiven Theorie – die Stellung des § 29 nach der Begründung des GE

§ 19 3. Der untaugliche Versuch nach dem Entwurfe der Strafrechtskommission 1913 und dem Entwurfe 1919 . . . 65

(KE 13 §§ 29, 30, 31, E 19 §§ 23, 24, 25.)

Grundsätzliche Stellung des E 19 – Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung – grundsätzliche Anerkennung der subjektiven Theorie für die Frage des untauglichen Versuchs – Ausnahmeregelung für die Frage des untauglichen Versuchs – Lösung des untauglichen Versuchs nach E 19 – Kritik des E 19 – untauglicher Versuch und tätige Reue – Ergebnis.

Seite

§ 20 4. Der untaugliche Versuch nach dem Entwurfe 25. 69

(E 25 §§ 23, 24, 228)

Grundsätzliche Stellung des E 25 – subjektive Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung – subjektiv-objektive Abgrenzung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch – tätige Reue beim untauglichen Versuch – der untaugliche Abtreibungsversuch.

§ 21 5. Der untaugliche Versuch nach dem E 27 72

(E 27 §§ 26, 27, 73, 76, 253)

Grundsätzliche Stellung des E 27 nach der Begründung des E 27 – Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- u. Ausführungshandlung – die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs – tätige Reue beim untauglichen Versuch – der untaugliche Abtreibungsversuch – Ergebnis.

II. Der österreichische und der schweizerische Regierungsentwurf.

§ 22 1. Der untaugliche Versuch nach dem Regierungsentwurf eines österr. Strafgesetzbuches von 1913 76

(RE 13 §§ 13, 14)

Grundsätzliche Stellung des RE 13 – die Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung – Lösung der Frage des untauglichen Versuchs im Sinne der subjektiv-objektiven Theorie – Ergebnis.

§ 23 2. Der untaugliche Versuch nach dem Schweizerischen Regierungsentwurf. (Art. 19, 20, 63) 79

Grundsätzliche Stellung – Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- u. Ausführungshandlung – Lösung der Frage des untauglichen Versuchs – Ergebnis.

A. Vorbemerkungen.

§ 1.

Allgemeine Problemstellung.

Das geltende Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 enthält keine Lösung der Frage des untauglichen Versuchs; die Begründung zum R. St. G. B. will die äußerst umstrittene und komplizierte Frage der Wissenschaft überlassen, in der Hoffnung, daß die Wissenschaft noch zu einer Einigung in dieser Frage kommen werde. (Motive zu dem Entwurfe eines St. G. B. Berlin 1869 S. 87.)

Nach der Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Mai 1880, [1]) sind die Worte „Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens" in § 43 R. St. G. B. einer doppelten Auslegung fähig; sie können im subjektiven und im objektiven Sinne verstanden werden. In Wahrheit aber sind theoretisch so viel Auslegungsmöglichkeiten gegeben, als nach dem Wortlaut des Gesetzes Auslegungsmöglichkeiten denkbar sind. [2]) Und in der Tat ist das Gesetz in ganz verschiedener Weise interpretiert worden. Aus diesem Grunde hat die Frage des untauglichen Versuchs in der Theorie eine ganz verschiedene Beantwortung gefunden. Als die wichtigsten Theorien in der Frage des untauglichen Versuchs sind die objektive, die subjektive und die objektiv-subjektive zu bezeichnen. Jede Theorie beruht auf einer Prämisse, die nicht bewiesen werden kann, da das Gesetz selbst in dem Theorienstreite keine Entscheidung getroffen hat.

Es darf heute als unbestritten gelten, daß die Entscheidung der Frage des untauglichen Versuchs aus dem Gesetze, insbesondere aus der begrifflichen Formulierung des § 43 R. St. G. B., nicht gewonnen werden kann; [3]) denn das Gesetz gibt keine Antwort

1) E 1, 440
2) vgl. Liszt Z 1 S. 106/107, Häberlin GS 24 S. 257
3) vgl. List Z 1, S. 105, Frank Komm. § 43 III 2 S. 89.

auf die Frage, ob das Geeignetsein der Handlung für den Erfolg nach der Meinung des Täters oder nach dem wirklichen Zusammenhang der Dinge oder nach der Vorstellung des Täters, gemessen am allgemeinen Erfahrungswissen, zu beurteilen ist. [4]) Insbesondere gibt das Gesetz keine Antwort auf die Frage, ob jeder Grund, der das Ausbleiben des Erfolges verhindert, für den Versuchsbegriff genügen kann, also der Grund der Nichtvollendung rechtlich völlig gleichgültig ist. [5]) Es ist daher eine müßige Untersuchung, irgend einem Begriffe im Gesetze Realität zuzuschreiben, d. h. in irgend einen Begriff eine subjektive oder objektive oder subjektiv-objektive Betrachtungsweise hineinzukonstruieren, da durch ein solches Verfahren der Begriff bereits im Sinne einer theoretischen Grundlage interpretiert ist. Alle konsequent durchgeführten Überlegungen setzen bereits diese oder jene theoretische Grundlage voraus, ohne die Richtigkeit der Prämisse beweisen zu können. [6])

Da das Gesetz den Versuchsbegriff nicht klar und eindeutig festgelegt hat, so kann aus dem Wesen des Versuchs für die Frage des untauglichen Versuchs nichts gewonnen werden. Der Satz, wo das Ende unmöglich, da ist es auch der Anfang, [7]) behält im Strafrecht für das vollendete Delikt seine volle Geltung, da das Gesetz nur solche Tatbestände aufstellt, die im Leben auch verwirklicht werden können, d. h. die Strafgesetze gebieten oder verbieten nur das, was in der menschlichen Macht gelegen ist. Aus dem Vulgärbegriff versuchen kann für den strafrechtlichen Versuchsbegriff nichts gewonnen werden. [8]) Das Gesetz verhält sich gegenüber dem modus procedendi des Täters völlig indifferent; eine Entscheidung der Frage, ob jede beliebig geartete Handlung oder nur bestimmt geartete Handlungen der objektiven Seite des Versuchsbegriffes zusubsumieren sind, ist weder aus dem Gesetze noch aus dem Wesen des Versuchs zu gewinnen.

Eine Lösung der Frage des untauglichen Versuchs ist auch durch eine Untersuchung über Grund und Zweck der Strafe nicht möglich; denn über Grund und Zweck der Strafe bestehen die tiefgehendsten Meinungsverschiedenheiten. Es ist nicht zu leugnen,

4) vgl. Geyer Z 1, S. 47.
5) vgl. Häberlin Gs. 24, S. 274.
6) Delaquis S. 92.
7) vgl. Huther GA 36 S. 441, Mayer Reform des Strafgesetzbuches S. 337.
8) Binding Gs. 85, S. 220.

daß die Frage des untauglichen Versuchs bis auf die Grundfragen des Strafrechts zurückgeht; allein eine Frage, die bis auf die Grundfragen des Strafrechts zurückgeht, muß naturgemäß ganz verschiedene Lösungen zeigen, wenn die der Lösung zugrundeliegende Frage ganz verschieden beantwortet wird.

Jede Strafrechtstheorie will durch die Strafe die Rechtsordnung erhalten, den durch die Rechtsordnung garantierten Zustand des menschlichen Zusammenlebens bewahren; [9]) wann jedoch ein Eingriff in den von der Rechtsordnung garantierten Zustand vorliegt, darüber gehen die Meinungen auseinander. Die klassische Schule sieht das Wesen der Strafe in der gerechten Vergeltung, in dem malum passionis, quod infligitur proptermalum actionis. [10]) Die Vergeltung ist also eine Ausgleichung, eine Sühne für begangenes Unrecht; [11]) der Täter wird beurteilt nach dem Werte seiner begangenen strafbaren Handlung, nur soweit der Täter objektiv Unrecht getan hat, tritt Strafe ein, die Strafe ist nach Hegel die Negation der Negation, also Position des Rechts. Nach der modernen Schule ist die Strafe Sicherung, Schutz der Gesellschaft vor künftigen Delikten, Prävention gegen künftige Übeltaten. [12]) Die Strafe trägt also Vorbeugungscharakter. Nach einer vermittelnden Theorie liegt in der Strafe der Repressions- und Präventionszweck eingeschlossen, die Strafe dient als Vergeltung begangenen Unrechts und zugleich als wirksame Verhütung von Verbrechen. [13])

Im Ergebnis ist festzustellen, daß ein Zurückführen der Frage des untauglichen Versuchs auf die Grundfragen des Strafrechts sich als unfruchtbar erweisen muß, da gerade aus der grundverschiedenen Auffassung über Grund und Zweck der Strafe die völlig verschiedene Lösung der Frage des untauglichen Versuchs hervorgegangen ist.

---

9) vgl. Klee S. 13.
10) So Liszt-Schmidt S. 27.
11) Köhler S. 45, der Vergeltungsgedanke.
12) vgl. Lammasch S. 52. S. 53. von Liszt Z. 25, S. 30.
13) vgl. Roever S. 64, Köhler, Der Vergeltungsgedanke S. 5/6/8. Beling, Methodik S. 54.

§ 2.

Die Untauglichkeit von Mittel und Objekt.

Die Frage des untauglichen Versuchs wird gewöhnlich aufgelöst in die beiden Unterfragen des untauglichen Mittels und des untauglichen Objekts.[1]) Unter dem Begriff des untauglichen Versuchs wird aber nur die absolute Untauglichkeit von Mittel und Objekt verstanden; die relative Untauglichkeit von Mittel und Objekt wird dem gewöhnlichen Versuchsbegriff subsumiert. Die Berechtigung einer begrifflichen Unterscheidung zwischen Mittel und Objekt ist vielfach geleugnet worden; mit Beziehung auf den Erfolg ist Mittel alles, was den Erfolg vermittelt, d. h. notwendig vorhanden sein muß, um den Erfolg herbeizuführen. Allein bei der Unterscheidung von Mittel und Objekt ist nicht an die Beziehung zum Erfolge, sondern an die verbrecherische Tat zu denken.[2]) Unter Mittel ist die Gesamtheit der vom Täter in der Handlung zusammengefaßten Kräfte zu verstehen, die aktiv in der den Täter umgebenden Welt als etwas Passives, Ruhendes, Konstantes eine Veränderung hervor rufen sollen. Mittel ist der verändernde, Objekt der zu verändernde Gegenstand, der notwendig vorhanden sein muß, damit die beabsichtigte Wirkung in der Außenwelt erzielt werden kann.

Die begriffliche Unterscheidung zwischen Mittel und Objekt ist also gerechtfertigt; denn bei Gleichwertigkeit von Mittel und Objekt derart, daß sie als Bedingungen für den Erfolg sich vertauschen lassen, muß jedes Objekt durch irgend ein Mittel und umgekehrt ersetzt werden können; allein es leuchtet ein, daß bei Fehlen des Objekts auch bei quantitativer Häufung der Mittel, und bei Fehlen eines Mittels auch bei quantitativer Häufung der Objekte der Erfolg ausgeschlossen ist.

Eine Diskussion über die Frage der Untauglichkeit des Mittels ist nur soweit zulässig, als das Gesetz den Begiff des Mittels nicht ausdrücklich festgelegt hat. Absolut untauglich ist jenes Mittel, das qualitativ untauglich für die Erfolgsbewirkung ist, also auch bei quantitativer Verstärkung nicht zum Erfolge führen kann; relativ

1) Frank v. V, D. S. 243,
2) Kohler S. 8.

untauglich ist jenes Mittel, das bei quantitativer Verstärkung zum Erfolge führen kann: die unzureichenden, unzulänglichen Mittel sind die spezifischen Versuchsmittel, das heißt die typisch relativ untauglichen Mittel.[3]) Will man jene Mittel, die bei quantitativer Verstärkung zum Erfolge führen können als geeignet für die Erfolgsbewirkung ansehen, dann muß man naturnotwendig jedes Mittel, mag es auch noch so schwach sein, das bei quantitativer Verstärkung für die Erfolgsbewirkung geeignet ist, als tauglich ansehen.[4]) Die Berechtigung einer Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln bezw. zwischen tauglichen und untauglichen Mitteln ist ebenfalls geleugnet worden; in einem streng logischen Sinne ist der Begriff des absolut und relativ untauglichen Mittels nicht aufrecht zu erhalten; denn im abstrakten Sinne ist im Begriff des Mittels die Eigenschaft der Zweckdienlichkeit eingeschlossen. Alles, was für irgend einen Zweck nicht dienlich ist, was einen Zweck zu vermitteln unfähig ist, kann mit dem Prädikat Mittel nicht ausgezeichnet werden; im technischen Sinne aber empfängt der Begriff des Mittels seine spezifische Qualität erst durch die Relation zu einem bestimmmten Zweck, und in dieser Relation ist die Unterscheidung in taugliche und untaugliche Mittel begrifflich möglich und durchführbar;[5]) denn irgend ein Mittel ist nicht für jeden beliebigen Zweck gleich dienlich, für den Begriff des Mittels muß es genügen, daß es nur für irgend einen Zweck förderlich ist. Da also irgend ein Mittel nicht für jeden beliebigen Zweck tauglich ist, kann der Begriff des Mittels nur in einem relativen Sinne verstanden werden. Sowohl das taugliche wie das untaugliche Mittel fällt unter den gemeinsamen Oberbegriff des Mittels, d. h. die Tauglichkeit für irgend einen Zweck ist beim tauglichen und beim untauglichen Mittel zu bejahen. Das taugliche Mittel verliert nicht die Eigenschaft als Mittel, wenn es auch im konkreten Falle seine volle Untauglichkeit erwiesen hat; denn die Zweckdienlichkeit des Mittels für irgend einen Zweck hebt bei konkreter Untauglichkeit den Begriff des Mittels nicht auf; wenn aber dieser Zweck, die generelle Eigenschaft des Mittels durch den Begriff der Tauglichkeit oder Untauglichkeit gekennzeichnet wird, dann wird dem Begriff des Mittels als einem Zweck-

3) vgl. Schoetensack GS 91, S. 384/85. Frank V. D. S. 244. Olshausen § 43 N. 22 S. 175
4) Kohler S. 27, Delaquis S. 91, Geyer Z 1 S. 34, Schoetensack S. 400, Schoen S. 17,
5) vgl. Geyer Z 1, S. 34, Finger S. 278/79, A. A. von Buri Z 1, S. 186.

begriff eine einengende, beschränkende Wirkung beigelegt. [6]) Die Tauglichkeit des Mittels für einen bestimmten Kreis von Handlungen kann nicht willkürlich auf einen anderen Kreis von Handlungen übertragen werden; denn jedes Mittel ist nur relativ, d. h. nur in Beziehung auf einen bestimmten Erfolg tauglich. [7]) Dadurch ist erwiesen, daß der Begriff des Mittels in einem relativen Sinne seine volle Berechtigung verdient. [8])

Der Begriff des Mittels kann aber für eine theoretische Untersuchung der Frage des untauglichen Versuchs nicht herangezogen werden, da der Begriff des Mittels für sich allein strafrechtlich irrelevant ist; denn das Mittel für sich allein ist nicht fähig, irgend eine Veränderung in der Außenwelt hervorzurufen. Das Mittel ist nur in seiner Eingliederung in die Handlung, in seiner konkreten Zielsetzung als Mittel denkbar, nur in seiner konkreten Verwendung, in seiner Relation zum Erfolge, d. h. in der Einreihung in den Handlungsbegriff ist das Mittel verwertbar. Wenn aber der Begriff des Mittels nur in seiner Einordnung in den Begriff der Handlung, d. h. als Glied, als Bedingung der vom Täter durch die Handlung gesetzten Bedingungsreihe hervortritt, dann bleibt für eine isolierte Betrachtung einer Bedingung als Einzelglied einer Bedingungsreihe kein Raum mehr übrig. [9])

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß der Begriff des Mittels in einem relativen Sinne seine volle Berechtigung verdient; da aber das Mittel nur in seiner konkreten Zielsetzung, d. h. in der Eingliederung in die Handlung in einem strafrechtlichen Sinne verwertbar ist, ist der Begriff des Mittels in eine Untersuchung des umfassenderen Begriffs der Handlung einzureihen. [10])

Absolute Untauglichkeit des Objekts ist gegeben, wenn der Gegenstand, gegen den sich im konkreten Falle die verbrecherische Handlung richtet, unter keinen Umständen geeignet ist, die Vollendung des beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens herbeizuführen. [11]) Relative Untauglichkeit des Objekts ist gegeben, wenn

---

6) Rohland S. 78,
7) vgl. Delaquis S. 90, Cohn S. 189.
8) vgl Kroschel GS 43 S 227, Schoetensack GS 91 S 384, Rohland S. 80, Delaquis S. 88/89/90.
9) vgl. Lammasch S. 17, Schoen S. 22.
10) Cohn S. 415, Rohland S. 76, Kriegsmann S. 25/26, Geyer GS 18, S. 58, Liszt GS 25, S. 69, Havenstein GA 36, S. 49.
11) Olshausen Komm. § 43 N. 20, S. 175, Liszt-Schmidt S. 300.

das Objekt nur durch besondere Maßnahmen, Vorkehrungen gegen die verbrecherische Handlung geschützt ist. [12]) Mit der Frage des untauglichen Objekts ist aber die Frage des Mangels am Tatbestande, abgesehen vom Erfolgseintritt, nicht erschöpfend gekennzeichnet; der Mangel am Tatbestand kann, abgesehen vom Erfolgseintritt, begründet sein in der Untauglichkeit des Subjekts, Objekts oder Mittels im technischen Sinne, in der Untauglichkeit jedes begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmals.

Das Problem des untauglichen Versuchs ist also durch die begriffliche Scheidung der Untauglichkeit von Mittel und Objekt nicht erschöpfend gekennzeichnet. In allen Fällen des untauglichen Versuchs ist eine Handlung gegeben, die nach der Vorstellung des Täters gegen das Gesetz verstößt. Es bleibt zu prüfen, ob die nach der Vorstellung des Täters verbotene Handlung auch objektiv gegen das Gesetz verstößt. Das große Gebiet der nach der Vorstellung des Täters verbotenen Handlung wird nach Binding unter dem Begriff der irrtümlich deliktischen Handlung oder des umgekehrten Irrtums zusammengefaßt. [13]) Eine Untersuchung der nach der Vorstellung des Täters deliktischen Handlung hat auch zu einer Untersuchung der Frage des Wahnverbrechens geführt; die Frage der irrtümlich deliktischen Handlung umfaßt demnach drei Untergruppen: Den untauglichen Versuch, den Mangel an Tatbestand und das Wahnverbrechen.

Nur das Wahnverbrechen findet in der Theorie eine grundsätzlich einheitliche Würdigung. Das Problem des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande ist in der Theorie äußerst bestritten. Grundsätzlich besteht volle Übereinstimmung bei sämtlichen Theorien nur darüber, daß beim untauglichen Versuche und beim Mangel an Tatbestande der verbrecherische Wille zu bejahen ist. In der rechtlichen Würdigung der objektiven Seite aber gelangen sämtliche Theorien zu völlig verschiedenen Ergebnissen, wie ja der theoretische Streit nicht auf subjektivem, sondern auf objektivem Felde gelegen ist. [14])

12) Frank VD. S. 244.
13) Binding GS 85, S. 178.
14) Es soll vor allem eine begrifflich systematische Darstellung der hier interessierenden Theorien gegeben werden, die das Gemeinsame und Trennende des Streites schärfer hervortreten und die Notwendigkeit einer gesetzlichen Lösung als unbedingt erforderlich erscheinen läßt. Eine dogmenhistorische Darstellung des untauglichen Versuchs hat schon wiederholt eine erschöpfende Darstellung gefunden. Frank V. D. S. 243, zitiert als Beispiele einer erschöpfenden dogmenhistorischen Darstellung die Arbeiten von Delaquis und Cohn.

B. Der untaugliche Versuch nach dem geltenden Reichsstrafgesetzbuche.

§ 3.

Die subjektive Seite des Versuchsbegriffes (der verbrecherische Wille, dolus).

Das geltende Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 fordert für den Versuchsbegriff auf der subjektiven Seite den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben. Darin stimmen auch sämtliche Theorien überein, daß auf der subjektiven Seite der Vorsatz gegeben sein muß. Ebenso sind alle Schriftsteller einig, daß der bloße Gedanke, die nuda cogitatio für den Versuchsbegriff nicht genügen kann, daß vielmehr die Freiheit der Gedanken nach dem Satze Cogitationis poenam nemo patitur in vollem Umfange gewährleistet wird. Jedoch bestehen in der Theorie Bedenken über die rechtliche Formulierung und über die rechtliche Ausdehnung des Vorsatzbegriffes; allerdings ist der Streit zwischen Willens- und Vorstellungstheorie nur ein formeller, praktisch führt jede Theorie zu den gleichen Ergebnissen; [1]) denn der Wille, eine Veränderung in der Außenwelt zu schaffen, setzt notwendig die Vorstellung dieser Veränderung d. h. das Wissen und Kennen von dieser Veränderung voraus. [2]) Soweit der Wille reicht, umfaßt er auch die Vorstellung dessen, was der Wille anstrebt; denn man will nur das, worüber man sich Gedanken gemacht, was man sich vorgestellt hat. [3]) Die Willenstheorie kann die Vorstellung des Täters über die zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände aus dem Vorsatzbegriff nicht eliminieren, da ja § 59 R. St. G. B. die Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände für den Vorsatzbegrif fausdrücklich verlangt.

1) vgl. Köhler, Strafrecht S. 256,
2) vgl. Finger S. 263,
3) vgl. Villnow GA 35, S. 117,

Der Vorsatz des Täters ist demnach zu bejahen, wenn der Täter die zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände kennt und den Willen hat, in Kenntnis oder trotz Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände sich in Handlungen zu betätigen, die den gesetzlichen Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens erfüllen. Der verbrecherische Wille ist gegeben, wenn der Täter in der Außenwelt eine Veränderung setzen will, die sich dem gesetzlichen Tatbestand eines Delikts subsumieren läßt. [4]) Der strafrechtliche dolus zielt auf den poenalisierten Erfolg ab; die Schuldseite muß beim vollendeten und beim versuchten Delikt dieselbe sein, d. h. der Täter muß Vollendungsvorsatz haben. [5]) Jede Betätigung des verbrecherischen Willens ist dem dolus zuzurechnen, mag die Handlung das Verbrechen herbeigeführt haben oder im Versuchsstadium stecken geblieben sein.

Es ist allerdings richtig, daß auf der subjektiven Seite ein ernstlicher Wille zu fordern ist; der verbrecherische Wille muß mindestens mit der Möglichkeit des Erfolgeintritts rechnen, mag auch der Täter die Möglichkeit des Eintritts gegenüber der Möglichkeit des Nichteintritts für noch so gering halten. Entscheidend ist, daß der Täter den Erfolgseintritt überhaupt für möglich hält und mit dieser Möglichkeit rechnet, damit einverstanden ist.

Es kann kein Zweifel bestehen, daß der verbrecherische Wille sich betätigen muß, um rechtlich in Betracht zu kommen, da ja die Freiheit der Gedanken anerkannt wird. Es kann jedoch die Meinung nicht gebilligt werden, daß der verbrecherische Wille erst durch äußere Ereignisse zur Entstehung gelange, daß er also durch die Handlung bedingt werde; [6]) dieser Argumentation liegt der richtige Gedanke zugrunde, daß die subjektive Seite für sich allein vor dem weltlichen Forum rechtlich völlig belanglos ist, daß erst die Vereinigung der subjektiven und objektiven Seite in den Bereich des strafrechtlichen Interesses rückt. Von der objektiven Seite aus, dem äußeren Tatbilde, kann allerdings ein Rückschluß auf die subjektive Seite, den dolus, möglich sein, allein die objektive Seite ist nicht Bedingung für das Vorliegen

4) vgl. Kriegsmann S. 34/35, Fabian S. 34.
5) Ebenso von Liszt Z 1, S. 199, Landmann S. 20, Rosenberg Z 20, S. 687, Fabian S. 33, Landmann S. 45,
6) vgl. Binding GS 85, S. 270, Schoetensack GS 91, S. 378, Hippel Z 47, S. 19,

der subjektiven Seite, die Handlung bildet nur ein Indiz für die Schuld des Täters in dem Sinne, daß das objektive Geschehen den Nachweis der Existenz des verbrecherischen Willens erleichtert; [7]) denn erst die Existenz des verbrecherischen Willens ermöglicht die Verwirklichung desselben in der Außenwelt. Der verbrecherische Wille muß naturnotwendig der Handlung vorausgehen, zuerst entsteht der verbrecherische Entschluß und dann erst folgt die verbrecherische Tat; denn die Handlung geht aus dem verbrecherischen Willen hervor. [8]) Es muß also aus dem Entschluß des Täters, aus dem verbrecherischen Willen, das objektive Geschehen, die Tat erkennbar sein. [9])

Daraus geht hervor, daß der verbrecherische Wille unabhängig vom äußeren Geschehen für sich allein existieren kann, wenn auch der verbrecherische Wille für sich allein ohne äußere Betätigung dem Strafrecht nicht unterworfen ist. [10]) Der Täter kann den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, schon lange in sich herumtragen, bis er endlich zur Ausführung des Entschlusses schreitet. Die böse Absicht für sich allein unterliegt der sittlichen Beurteilung, das Recht reagiert nur gegen die aus der bösen Absicht hervorgehende Handlung. [11]) Damit ist erwiesen, daß der verbrecherische Wille für sich allein existieren kann, daß er aber nur in Verbindung mit einen objektiven Geschehen in den Bereich des Strafrechts tritt, d. h. der strafrechtlichen Würdigung unterliegt nur die schuldhafte rechtswidrige Tat, Schuld ohne objektives Geschehen und objektives Geschehen ohne Schuld ist strafrechtlich irrelevant. [12])

II. Die objektive Seite des Versuchsbegriffes.

§ 4.
Begriff der Handlung.

Sämtliche Theorien gehen so weit einig, daß der auf den poenalisierten Erfolg gerichtete verbrecherische Wille sich betätigen, d. h. der auf eine Veränderung der Außenwelt gerichtete Wille

7) so Finger, Festschrift S. 289.
8) vgl. Finger, Festschrift S. 276.
9) Ebenso Villnow GA 35, S 117 Kroschel GS 41, S. 290
10) E 33, S. 323: Der im Inneren des Menschen verschlossene böse Wille des Menschen ist nicht Gegenstand des Strafrechts.
11) vgl. Rohland S. 87, Geyer, Gs 18, S. 45/47, von Buri GS 28, S. 167.
12) vgl. Schoetensack, Festschrift S. 384.

eine Handlung setzen muß. Der Begriff der Handlung ist zu definieren als gewillkürte Körperbewegung, die Handlung ist zu verstehen als eine aus dem Willen hervorgehende und dem Willen zurechenbare Betätigung, die im Stande ist, eine Veränderung in der Außenwelt zu schaffen, die störend eingreifen kann in die von der Rechtsordnung geschützte Sphäre. [1]) Die Betätigung des Menschen kann in einem positiven und in einem negativen Verhalten zum Ausdruck kommen, je nachdem das Gesetz verbietet durch Handlungen einen bestimmten Erfolg herbeizuführen oder gebietet durch Handlungen einen bestimmten Zustand aufrecht zu erhalten. [2]) Ueberall aber liegt im rechtlichen Begriff der Handlung eine vom Willen ausgehende Reaktion auf den menschlichen Körper, durch ein bestimmtes Verhalten, nämlich durch die Handlung, die als vom menschlichen Willen ausgehend, dem menschlichen Willen zugerechnet werden muß, eine Veränderung in der Aussenwelt zu schaffen. [3])

1.) Die objektive Theorie.

§ 5.

Begriff der Ausführungshandlung nach der objektiven Theorie.

Uebereinstimmung herrscht bei sämtlichen Theorien, daß der verbrecherische Wille in der Außenwelt sich betätigen, sich objektivieren muß, um in den Bereich des Strafrechts zu treten. Dagegen herrscht lebhaftester Streit über das Maß und die Art der Objektivierung des verbrecherischen Willens. Die objektive Theorie verlangt als Ausführungshandlung eine Handlung, die nach allgemeiner menschlicher Erfahrung geeignet ist, einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens zu bilden. In dieser Definition sind zwei Forderungen enthalten; es muß eine jenseits des Stadiums der Vorbereitung liegende Handlung gegeben sein, dann aber muß die Handlung auch tauglich, d. h. so beschaffen sein, daß sie nach allgemeiner menschlicher Erfahrung geeignet ist, in ihrer naturgemäßen Fortsetzung (unbeendigter

1) vgl. Finger, Festschrift S. 276, Gelchowski S. 4 Cohn s. 294, 95.
2) vgl. Villnow GA 35, S. 120, Liszt-Schmidt S. 152.
3) vgl. von Burl GS 41, S. 440.

Versuch) d. h. es fehlt der Abschluß der Ausführungstätigkeit oder in ihrer Durchführung, ihrer objektiven Vorliegenheit (beendigter Versuch) d. h. die Ausführungstätigkeit ist objektiv abgeschlossen, der Erfolg aber nicht eingetreten, das Verbrechen oder Vergehen herbeizuführen. [1])

Es handelt sich bei dieser Formulierung einerseits um die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen, andererseits um die Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen.

Die Ausführungshandlung muß nach der objektiven Theorie unmittelbar der Verwirklichung des Verbrechens oder Vergehens dienen, d. h. es scheiden all jene Handlungen aus, die nur mittelbar auf die Durchführung des Verbrechens oder Vergehens gerichtet sind. [2]) Der Begriff unmittelbar bezeichnet die Beziehung der Handlung zum Erfolge, gleichgültig ist jedoch, welcher Zeitraum zwischen Ausführungshandlung und Eintritt des Erfolges gegeben ist. Die Ausführungshandlung wird auch definiert als eine Handlung, die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit einer Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint, [3]) oder als Angriffshandlung, die einen Notwehrstand begründet. [4])

Eine begrifflich scharfe Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen läßt sich nicht ziehen, da das Gesetz eine scharfe Grenze nicht angegeben hat; denn eine generelle Regel, die in gleicher Weise die jeweils verschiedenartigen Vorbereitungshandlungen von den jeweils verschiedenartigen Ausführungshandlungen abgrenzen will, muß naturnotwendig der scharfen begrifflichen Unterscheidung entbehren. [5]) Der Begriff Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens als Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung ist auf der Erfahrung des Lebens aufgebaut, da die Art der Handlung in ihrer objektiven Vorliegenheit, in ihrer Beziehung zur Regel des Lebens darüber

1) vgl. Schoetensack, GS 91, S. 385, Frank Komm. § 43/I S. 83; E 8, 208: Ausführungshandlungeu sind Handlungen, welche bestimmt sind, unmittelbar den Tatbestand der Straftat selbst zu realisieren.
2) Meyer, Anfang der Ausführung; Klee S. 16, Havenstein GA 36, S. 41, Cohn S. 405.
3) E 59, 157.
4) vgl. Köhler Studien zum VE S. 30
5) vgl. Finger, Festschrift S. 108.

entscheidet, ob die Handlung als Vorbereitungs- oder als Ausführungshandlung anzusehen ist. Bei dieser Abgrenzung läßt sich kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied feststellen, da die allgemeine Erfahrung, die Regel des Lebens immer Schwankungen unterworfen ist. Auch in einem streng logischen Sinne läßt sich eine scharfe Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung nicht angeben; denn jeder Teil der verbrecherischen Tätigkeit ist nur wieder Vorbereitung für die folgende Handlung, sodaß sämtliche Handlungen, welche in der Absicht das Verbrechen oder Vergehen zu verwirklichen vorgenommen werden, die verbrecherische Tätigkeit ergeben. Jede Handlung, die vom Täter zur Verwirklichung des dolus gesetzt wird, bildet einen integrierenden Bestandteil der verbrecherischen Tätigkeit, soweit die Handlung erforderlich ist um die folgende Handlung zu ermöglichen und die verbrecherische Tätigkeit objektiv zur Verwirklichung des dolus geeignet ist.[6]) Es kann gar nicht geleugnet werden, daß die Vorbereitungshandlung von der Ausführungshandlung nicht hinweg gedacht werden kann, ohne die Ausführungshandlung und auch den Erfolg[7]) in Frage zu stellen[8]); allein damit ist noch keineswegs erwiesen, daß die verbrecherische Tätigkeit eine Cäsur gestattet, daß sie in Abschnitte zerlegt werden kann, von denen der eine strafrechtlich irrelevant, der andere strafrechtlich relevant ist.

Ebenso wie die Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung, so muß auch die Grenze zwischen tauglicher und untauglicher Ausführungshandlung der scharfen begrifflichen Grenze entbehren, da im einen wie im anderen Falle die Grenzlinie nach der allgemeinen Erfahrung, der Regel des Lebens bestimmt wird. Nur jene Handlungen werden von der objektiven Theorie als taugliche Ausführungshandlungen bezeichnet, die generell geeignet sind, das Verbrechen oder Vergehen herbeizuführen.

Allerdings ist bei keinem Versuche die konkrete objektive Eignung der Handlung für den Erfolg gegeben; denn bei jedem

6) Klee S. 16.
7) Der Begriff des Erfolges ist nicht im subjektiven Sinne zu fassen, d. h. nach der Vorstellung des Täters, was er erreichen, bezwecken will, sondern der Begriff des Erfolges umfaßt alles, was nach der Begriffsbestimmung des Gesetzes zum objektiven Tatbestand gehört. Vgl. Frank Komm. § 43/I. S. 83, Liszt Schmidt S. 154. Dohna, Reform des Strafrechts S. 93.
8) vgl. Häberlin GS 24 S. 256/57, Klee S. 22 Finger Festschrift S. 306.
9) vgl. Villnow GA 35 S. 122, Finger Festschrift S. 277.

Versuche beweist der Nichteintritt des Erfolges die absolute Untauglichkeit der konkreten Handlung für den Erfolg.[10]) Die rein objektive Theorie, die das Erfordernis der konkreten Tauglichkeit der Handlung aufstellt, muß zweifellos zur Straflosigkeit eines jeden Versuchs gelangen; denn jede Handlung, die nicht zum Erfolg geführt hat, muß bei gleicher Wiederholung, d. h. bei völliger Gleichheit aller besonderen Umstände, bei Identität sämtlicher Bedingungen wieder zum Mißerfolge führen.[11])

Allein die objektive Theorie will nur die besonderen Umstände des konkreten Falls vergleichen mit all den Handlungen und Tatsachen, die in concreto den Erfolg bereits herbeigeführt haben.[12]) Die objektive Theorie geht dabei von der Voraussetzung aus, daß nicht jede beliebige Handlung für einen bestimmten Erfolg geeignet ist; denn nur bestimmt geartete Handlungen pflegen nach allgemeiner Erfahrung einen bestimmten Erfolg hervorzurufen. Wenn wir den Satz aufstellen, eine Handlung ist generell geeignet, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, so vergleichen wir jene Handlung mit bestimmten Handlungen, die bereits diesen Erfolg herbeigeführt haben. Und jene Handlungen, die bereits den Erfolg hervorgerufen haben, tragen eine bestimmte Charakteristik, einen bestimmten Typus an sich, sie fallen unter einen allgemeinen Begriff, den Erfahrungssatz. Und diesem allgemeinen Begriff ist die in Frage stehende Handlung zu subsumieren.

Je gleichartiger und einheitlicher jene Handlungen sind, desto schärfer und sicherer werden wir den allgemeinen Begriff, den Erfahrungssatz, dem die in Frage stehende Handlung zu subsumieren ist, formulieren können.[13]) Je ungleichartiger und komplizierter jedoch jene Handlungen sind, um so unklarer und unzuverlässiger wird sich der allgemeine Begriff aufstellen lassen; daraus folgt, daß der Erfahrungssatz, der verschiedene Erscheinungsformen umfaßt, einen gewissen Spielraum aufweist, sodaß jener Erfahrungssatz keineswegs mit mathematischer Schärfe festgelegt werden kann.[14]) Allein die Unmöglichkeit, mit mathematischer

10) Ebenso Delaquis S. 70.
11) vgl. Finger, Festschrift S. 280. Landmann S. 31.
12) vgl. Huther GA 36, S. 441 Villnow GA 35, S. 124. Havenstein GA 36, S. 54.
13) vgl. Finger Festschrift, S. 280. von Kries S. 219.
14) So Liszt Z 1 S. 101, 102; Rohland S. 83.

Genauigkeit eine bestimmte Grenze anzugeben, hebt keineswegs das Bestehen eines Unterschiedes, wenn auch eines schwankenden, aber immerhin für die Praxis brauchbaren Unterschiedes auf. [15])

Bei Prüfung der in Frage stehenden Handlung hinsichtlich ihrer Tauglichkeit oder Untauglichkeit handelt es sich um eine nachträgliche Prognose, in dem wir dem aus einer bestimmten Handlungsreihe gewonnenen Erfahrungssatze die in Frage stehende Handlung subsumieren. Wir prüfen, ob die in Frage stehende Handlung bereits in früheren Fällen zum Erfolg geführt hat, oder wenn sie wieder vorgenommen wird, zum Erfolge führen kann, also generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. [16]) Nur dann kann die Tauglichkeit der Handlung bejaht werden, wenn die Handlung in der Regel, ihrem regelmäßigen Verlauf nach geeignet ist, das Verbrechen oder Vergehen zu vollenden. Die Handlung muß also nach dem Urteil dritter Personen dem Typus der dem gesetzlichen Tatbestand entsprechenden Tätigkeit subsumiert werden können, es muß eine Spezieshandlung jener verbrecherischen Genustätigkeit vorliegen, im Sinne der objektiven Theorie muß eine tatbestandsmäßige Handlung gegeben sein. [17])

Zu einer nachträglichen Prognose der Art, daß wir uns einen unparteiischen Beobachter im Augenblicke der Vornahme der Handlung denken, der die ganze Sachlage richtig und vollständig kennt, sind wir mit gutem Grunde berechtigt; denn die Erfahrung, die uns das tägliche Leben, die Wissenschaft bietet, ist vollständig ausreichend und genügend, um eine sichere Grundlage für ein Urteil über die Tauglichkeit oder Untauglichkeit einer Handlung für einen bestimmten Erfolg zu gewährleisten. [18])

So viele Wege auch zum Ziele führen mögen, die Möglichkeit des Gelingens und Mißlingens ist überall gegeben, da der Täter in keinem Falle mit absoluter Sicherheit all jene Bedingungen zu setzen im Stande ist, die den Erfolg notwendig herbeiführen. Damit ist die Alternative zwischen Vollendung und Versuch von selbst gegeben. [19]) Es ist zweifellos, daß ein Schuß, aus einer be-

15) vgl. Liszt Z 25 S. 78, von Kries S. 406,
16) vgl. v. Buri Z 41 S. 415 Finger, Festschrift S. 307, Liszt-Schmidt S. 303.
17) vgl. Finger, Festschrift S. 309, Rohland S. 12, Liszt-Schmidt S. 168, Frank Komm. § 43, / II/2 a S. 85.
18) vgl. Cohn S. 168/69, Kiee S. 16, Binding GS 85 S. 223, Beling, Methodik S. 89.
19) So Cohn S. 346.

stimmten Entfernung auf einen Menschen abgefeuert, diesen zu töten vermag; mit einem solchen Satze haben wir die Grundlage des Erfahrungssatzes gewonnen. Wir können allerdings nicht im voraus sagen, daß der Tod des andern auch notwendig eintreten wird, da wir die Tatsachen, die von einem Ereignis zum andern führen, im voraus nie berechnen können.[20]) Es ist auch nicht notwendig, dem Täter eine größere Kenntnis und Voraussicht seiner Handlung zuzumuten als den Männern von Erfahrung und Wissenschaft.[21]) Es ist allerdings zuzugeben, daß eine Handlung, die nach allgemeiner Erfahrung ungeeignet ist für die Herbeiführung eines Erfolges, nach dem Wissen des Täters, das das allgemeine Wissen erheblich übersteigt, für die Herbeiführung eines Erfolges geeignet sein kann; denn dem normalen Lauf der Dinge, wie er durch die Erfahrung sich uns darstellt, steht der außergewöhnliche Gang der Ereignisse gegenüber, dem gegenüber die Erfahrung versagt.[22]) Allein die Erfahrung braucht keineswegs das Wissen der Allgemeinheit, am allerwenigsten das der breiten Masse zu sein, dem Erfahrungssatze ist das Wissen und die Erfahrung der heutigen Zeit, also das Maß des Wissens und der Erfahrung, das uns Kunst, Wissenschaft, Technik bieten, zugrunde zu legen. Die Handlung ist demnach dann als taugliche Handlung anzusehen, wenn für verständiges Urteil, nämlich für den Richter, eventuell unter Zuziehung von Sachverständigen die Handlung nach der Regel des Lebens, den Naturgesetzen zufolge die generelle Eignung für die Herbeiführung eines Verbrechens oder Vergehens besitzt.

Die Tauglichkeit einer Ausführungshandlung hat mit der Tauglichkeit der Handlung in concreto den Erfolg herbeizuführen, garnichts zu tun. Jede taugliche Ausführungshandlung ist Ausführungshandlung im objektiven Sinne, mag die Handlung im Einzelfalle den Erfolg herbeigeführt haben oder nicht.[23])

Bei der Subsumtion der in Frage stehenden Handlung unter den Erfahrungssatz ist die in Frage stehende Handlung keineswegs variiert zu denken; denn in abstracto ist jede Handlung, wenn man sich die Bedingungen nach Belieben zusammenstellen darf,

20) vgl. v. Kries S. 303.
21) vgl. Cohn S. 502.
22) vgl. v. Buri Z 41, S. 425.
23) Ebenso Binding GS 85 S. 312, Kriegsmann S. 30.

geeignet, den Erfolg herbeizuführen.[24]) Allein in concreto liegt nicht irgend eine beliebig geartete Handlung, sondern eine ganz bestimmte konkrete Handlung vor, welche ganz bestimmte Modalitäten, Eigenschaften, ganz bestimmte Bedingungen aufweist, sodaß ein Vergleich mit dem aus der Vergangenheit gewonnenen Erfahrungssatze sehr wohl möglich und haltbar ist.[25]) Eine Betrachtungsweise, die von den konkreten Verhältnissen, von den Umständen des besonderen Falles gänzlich absieht, ist für die Lösung der Frage der Tauglichkeit oder Untauglichkeit der Ausführungshandlung allerdings verfehlt, da irgend ein Geschehen, losgelöst von der Absicht des Täters, herausgehoben von dem Schauplatz der Handlung mit all den besonderen Modalitäten einer rechtlichen Betrachtung unzugänglich ist.

Der Anfang der tauglichen Ausführungshandlung beurteilt sich nach dem Zeitpunkt, der objektiv als Beginn der Ausführungshandlung anzusehen ist, nicht nach dem Zeitpunkt, der als Endpunkt der Vorbereitungshandlung zu gelten hat.[26]) Schon begrifflich kann der Endpunkt der Vorbereitungshandlung nicht zum Ausgangspunkt für die Frage der Tauglichkeit oder Untauglichkeit der Ausführungshandlung angesehen werden, da die Vorbereitungshandlung in ihrer Totalität, also jede Teilhandlung der Vorbereitung, folglich auch der Endpunkt der Vorbereitungshandlung für eine strafrechtliche Untersuchung ausscheidet. Dann aber kann ein Urteil über die Tauglichkeit oder Untauglichkeit einer Handlung, von der objektiv noch garnichts gegeben ist, garnicht abgegeben werden; denn Vorbereitungs- und Ausführungshandlung gehen nicht in allen Fällen kontinuierlich in einander über, es kann ein kleinerer oder größerer Zeitraum dazwischen liegen, während dessen die Tatsachen, die am Ende der Vorbereitungshandlung einen Schluß auf die Tauglichkeit der Ausführungshandlung als wahrscheinlich erscheinen lassen, sich wesentlich ändern können, sodaß die der Ausführungshandlung zugrunde liegenden Tatsachen ein Unmöglichkeitsurteil notwendig machen. Erst wenn objektiv mindestens ein Anfang der Ausführungshandlung in der Außenwelt gesetzt ist, kann ein Urteil auf Grund der

24) So R. G. 1. 442.
25) vgl. Liszt Z 25, S. 69.
26) vgl. Delaquis S. 80, Cohn S. 445.

objektiv vorliegenden Tatsachen über die Tauglichkeit oder Untauglichkeit der Ausführungshandlung abgegeben werden. Wenn aber die taugliche Ausführungshandlung in ihrer Totalität für eine strafrechtliche Untersuchung in Betracht kommt, dann ist auch jedes Teilstück, insbesondere jeder Teil der Tätigkeit, der den Anfang der Ausführung im objektiven Sinne überschritten hat, strafrechtlich relevant, d. h. nicht allein die taugliche Ausführungshandlung in ihrer objektiven Durchführung, sondern auch die Einzelakte der Ausführungstätigkeit sind als vom Recht verpönt anzusehen. Daraus ergibt sich, daß auch Teilakte als Bestandteile der Ausführungshandlung durch das Gesetz verboten sind. [27])

Die taugliche Ausführungshandlung ist charakterisiert durch ihre generelle Eignung für den Erfolg; in negativem Sinne ist damit zugleich das Wesen der untauglichen Ausführungshandlung gekennzeichnet. Handlungen, welche die generelle Eignung für den Erfolg nicht besitzen, werden von der objektiven Theorie als untaugliche Ausführungshandlungen bezeichnet. [28]) Diese Handlungen scheiden aus dem Versuchsgebiet aus, da ihnen das von der objektiven Theorie geforderte Begriffsmerkmal der generellen Eignung der Handlung für die Verwirklichung des Verbrechens oder Vergehens abgeht. All jene Handlungen, die hinter dem Erfahrungswissen der Allgemeinheit zurückbleiben, sind als untaugliche Handlungen zu bezeichnen. [29]) Solche Handlungen sind nicht allein in concreto, sondern auch in abstracto untauglich für den Erfolg, d. h. die in Frage stehende Handlung kann dem Erfahrungssatze nicht subsumiert werden. Von einem Standpunkt ex ante ist nicht ein Möglichkeits-, sondern ein Unmöglichkeitsurteil, ein negatives Notwendigkeitsurteil am Platze. Die untaugliche Handlung schließt nicht die Möglichkeit des Gelingens und des Mißlingens in sich ein, bereits von vornherein (ex ante) muß aus der konkreten Handlung die Unmöglichkeit des Erfolgeintritts mit Notwendigkeit hervorgehen. [30])

Im Ergebnis ist festzustellen, daß im Falle der Subsumtionsfähigkeit der Handlung unter den Erfahrungssatz die Handlung als tauglich, im anderen Falle als untauglich anzusehen ist.

27) vgl. Schoetensack GS 91 S. 398.
28) Ähnlich Hagemann GA 31 S. 242.
29) vgl. Finger, Festschrift S. 289.
30) vgl. Rohland S. 92.

Wenn auch der Erfahrungssatz einen gewissen Spielraum umfaßt, da dem Typus der tatbestandsmäßigen Handlung verschiedene Erscheinungsformen eigentümlich sind, und wenn auch das Erkenntnisvermögen des Einzelnen keineswegs ein gleiches ist, so läßt sich doch innerhalb des Rahmens unserer Erkenntnisse eine Grenze, zwar keine begrifflich scharfe, aber immerhin eine für die Praxis brauchbare Grenze zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen angeben.[31]) Die theoretische Grundlage der Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen ist im Sinne einer nachträglichen Prognose durch Bezugnahme auf den Erfahrungssatz gekennzeichnet. Es ist lediglich eine Beweisfrage, welchem Typus oder Genus die in Frage stehende Handlung zu subsumieren ist.[32])

Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß die objektive Theorie für die Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen kein scharfes begriffliches Unterscheidungsmerkmal geben kann, da die allgemeine Erfahrung des Lebens als Maßstab für die generelle Eignung einer Handlung für den Erfolg keine exakte Grenze zu geben im Stande ist. Allein es kann nicht verkannt werden, daß dieser objektive Maßstab als Unterscheidungsmerkmal zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen dienen kann, da die allgemeine Erfahrung des Lebens als ausreichende Grenze zu erachten ist. Das Recht selbst gibt nicht in allen Beziehungen eine feste Grenze, sei es, daß es eine feste Grenze nicht geben kann, sei es, daß es eine starre Grenze, die den mannigfachen Bedürfnissen des Lebens gegenüber versagt, nicht geben will. Es muß also, da das Gesetz selbst nicht in der Lage ist, eine feste Grenze zu bestimmen, ein Unterscheidungsmerkmal, das auf der generellen Regel des Lebens beruht, als genügende Grundlage erachtet werden, zudem das Gesetz selbst in vielen Fällen auf die generelle Regel des Lebens Bezug nimmt.[33])

---

31) vgl. Roever S. 42, Schoen S. 10, Beling, Methodik S. 88.
32) vgl. Finger, Festschrift S. 289. Aus Schoetensack Festschrift S. 397: Les difficultés de détail ne peuvent pas faire révoquer en doute un principe (Rossi)
33) vgl. Meyer S. 19/20, v. Kries S. 394; R. St. G. B. § 229: Gift, eine Substanz, deren Beschaffenheit nach der allgemeinen Erfahrung, wenn auch nach der Erfahrung der Wissenschaft beurteilt wird. R. St. G. B. § 201: der Begriff der tödlichen Waffe beurteilt sich nach der allgemeinen Erfahrung des Lebens. E 1, 445; E 10, 179.

§ 6.

Begriff der objektiven Möglichkeit.

Die objektive Theorie ist im Gesetze nicht begründet; irgend ein Beweis für die Richtigkeit der objektiven Theorie kann also nicht geführt werden, auch nicht durch eine analytische Methode, die den zugrunde gelegten Begriff umschreibt, bezw. exemplifiziert, da ein solches Verfahren die objektive Grundlage bereits voraussetzt, ohne einen Beweis für die Richtigkeit dieser Grundlage zu geben.

Nach der objektiven Theorie ist die Tauglichkeit der Ausführungshandlung zu bejahen, wenn die Handlung einen bestimmten Typus, eine bestimmte Charakteristik trägt, wenn objektiv Tatsachen vorliegen, die die objektive Möglichkeit für den Eintritt des Erfolges eröffnen.

Im streng logischen Sinne bedeutet der Begriff der objektiven Möglichkeit eine contradictio in abjecto, da dem Begriff der Möglichkeit als einem subjektiven Urteil keine Objektivität zugeschrieben werden kann. In der Realität existiert nur die Notwendigkeit, nicht die Möglichkeit;[1]) denn in ein und demselben Ereignis kann nicht zugleich die Notwendigkeit des Eintretens und des Ausbleibens des Erfolges eingeschlossen sein, wohl aber die Möglichkeit als Wahrscheinlichkeits-Urteil, daß der Erfolg eintreten, aber auch ausbleiben kann, da kein Mensch die Zufälligkeiten, die schließlich zum Erfolge führen, mit absoluter Sicherheit voraussagen kann. Das Beiwort objektiv ist in dem Sinne zu verstehen, daß das Urteil nur auf Grund der konkret vorliegenden Umstände von einem Standpunkt ex ante im Sinne einer nachträglichen Prognose abgegeben werden kann.

Sowohl das Möglichkeits- wie das Unmöglichkeitsurteil gehört der Kategorie des subjektiven Urteils an, sodaß beide Urteile begrifflich demselben Genus einzureihen sind, da beide Urteile nur von einem ex ante, nicht von einem ex post Standpunkt ausgefällt werden können.[2]) Der Begriff der Unmöglichkeit ist

1) vgl. Lammasch S. 12, Rohland S. 74, Klee S. 34, v. Kries S. 181.
2) vgl. Lammasch S. 11.

identisch mit dem Begriff der Notwendigkeit des Ausbleibens des Erfolges, d. h. der Begriff der objektiven Möglichkeit ist ausgeschlossen, wenn bereits von vornherein nur ein Verhalten, die Notwendigkeit des Ausbleibens des Erfolges gegeben ist. Das objektive Möglichkeitsurteil kann also nie ein Unmöglichkeitsurteil sein; denn das Unmöglichkeitsurteil schließt die Notwendigkeit des Ausbleibens des Erfolges in sich, fällt also aus dem Begriff der objektiven Möglichkeit heraus.[3]) Möglich in diesem Sinne bildet nicht den begrifflichen Gegensatz von unmöglich in dem Sinne eines Notwendigkeitsurteils, der Begriff der objektiven Möglichkeit ist der Notwendigkeit des Eintretens des Erfolges nicht gleichzusetzen;[4]) denn der Begriff der objektiven Möglichkeit schließt die Möglichkeit des Eintretens und des Ausbleibens des Erfolges, die Möglichkeit zwischen Sein und Nichtsein, also beide Alternativen in sich ein,[5]) der Begriff der objektiven Möglichkeit ist, da er zwei völlig verschiedene Verhaltungsweisen in sich schließt, im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsurteils zu verstehen.[6]) Unter dem Begriff der objektiven Möglichkeit ist also ein Wahrscheinlichkeitsurteil in dem Sinne zu verstehen, daß die konkret vorliegenden Umstände des Falles, an dem Erfahrungssatze gemessen, ein subjektives Urteil gestatten, daß der Eintrit des Erfolges nicht ausgeschlossen erscheint.[7]) Die Handlung muß also einen bestimmten Typus, Charakter tragen, muß so beschaffen sein, daß unter den gegebenen Umständen des einzelnen Falles die Möglichkeit des Erfolgeintritts besteht. Nur auf Grund der individuellen Verhältnisse des konkreten Falles kann ein Urteil über die Möglichkeit des Erfolgeintritts abgegeben werden, d. h. die konkret vorliegenden Verhältnisse müssen von einem Standpunkt ex ante genau berücksichtigt werden, es ist zu prüfen, ob aus diesen besonderen Umständen der Erfolgseintritt möglich oder schlechterdings ausgeschlossen ist. Wo aber ein Unmöglichkeitsurteil am Platze ist, da kann der Begriff der objektiven Möglichkeit keine Anwendung mehr finden.

---

3) vgl. Huther GA 56 S. 440.
4) vgl. Lammasch S. 10.
5) Ebenso Cohn S. 28, vgl. Rohland S. 83, S. 75, Kriegsmann S. 23.
6) vgl. Lammasch S. 10.
7) vgl. Beling Methodik S. 188.

§ 7.
Begriff der potentiellen Kausalität.

Nach der objektiven Theorie muß die taugliche Ausführungshandlung gewisse Bedingungen aufweisen und zwar wesentliche Bedingungen. Es dürfen nur zufällige Bedingungen fehlen, die in concreto verhindern, daß die Möglichkeit sich in die Wirklichkeit umschlägt. Der Gruppe der wesentlichen Bedingungen gehören jene Bedingungen an, die eine gewisse Typizität aufweisen, Bedingungen, die der Täter mit absoluter Sicherheit zu setzen in der Lage ist, während der Gruppe der zufälligen Bedingungen solche Bedingungen zuzurechnen sind, die unabhängig vom Willen des Täters existieren, Bedingungen, die sich jeder Voraussicht entziehen [1]).

Im streng logischen Sinn kann unter dem Begriff der causa nur die Gesamtheit der Bedingungen verstanden werden, die naturnotwendig den Erfolg herbeiführen [2]); denn der Begriff der Kausalität gehört nicht der Abstraktion, sondern der Wirklichkeit an, objektiv sind notwendig alle für den Erfolg wesentlichen Bedingungen vorhanden, oder nicht, und nur bei Vorhandensein aller für den Erfolg wesentlichen Bedingungen kann der Handlung Kausalität zugeschrieben werden [3]). Aus diesem Grunde enthält der Begriff der potentiellen Kausalität eine contradictio in abjecto; denn der Begriff der Kausalität entstammt der Wirklichkeit, während das Beiwort potentiell der Subjektivität, der Abstraktion angehört. Der Begriff der potentiellen Kausalität will etwas bejahen, was er in Wahrheit nicht bejahen kann; er verbindet objektive Notwendigkeit mit subjektiver Ungewißheit, [5]) d. h. „etwas in einem Atem als notwendig anerkennen, und es dennoch bezweifeln". [6]) Mit Beziehung auf den Erfolg kann der Ausführungshandlung beim Versuche keine konkrete, aktuelle Kausalität zugeschrieben werden; denn die konkrete Kausalität ist nur dem vollendeten Delikt eigen. [7]) Irrig dagegen ist die Annahme, daß der Ausführungstätigkeit beim Versuche jede Kausalität abgehe;

1) vgl. v. Kries S. 195, 196, 217.
2) vgl. Fabian S. 10, Rudert S. 10, v. Kries S. 193.
3) vgl. v. Buri Z 1 S. 195.
4) vgl. Rudert S. 9.
5) vgl. Fabian S. 10.
6) Lammasch S. 10.
7) vgl. Lammasch S. 6.

denn wenn der Totalität der Bedingungen kausale Natur zuzuschreiben ist, dann muß naturnotwendig auch jedem einzelnen Kausalitätsfaktor kausale Wirkung zukommen. Die ganze Ausführungstätigkeit ist ja nichts Anderes als das allmähliche Setzen einer Ursache. [8]) Es ist deshalb berechtigt zusagen, verboten ist das Setzen einer möglicherweise ursächlichen Tätigkeit, d. h. einer Teilhandlung, der als Bedingungsfaktor einer Bedingungsreihe kausale Natur zuzuschreiben ist. Verboten ist also jeder Teil einer verbrecherischen Tätigkeit, welche als Ursache eine bestimmte Wirkung erzeugt, welche den Anfang der Verursachungstätigkeit darstellt.

Der Begriff der Kausalität gibt uns keinen Aufschluß über Zahl und Art der für den Erfolg wesentlichen Bedingungen. Die Umwelt stellt sich für den Täter in jedem Falle als eine andere dar, sodaß die durch den Täter zu bewirkende Veränderung in der Außenwelt jedesmal eine andere Bedingungsreihe für den Erfolg voraussetzt. Wir können nicht im voraus sagen, welche Bedingungen für einen bestimmten Erfolg gegeben sein müssen, da die einzelnen Bedingungen sich unserer Kenntnis entziehen. Niemand in der Welt ist in der Lage mit absoluter Sicherheit all jene Bedingungen vorauszubestimmen, die naturnotwendig den Erfolg herbeiführen müssen. Erst wenn der Erfolg eingetreten ist, können wir feststellen, daß alle für den Erfolg wesentlichen Bedingungen in complexu gegeben sind, ohne jedoch die Bedingungen im einzelnen genau zu kennen, da sich diese Bedingungen auch von einem ex post Standpunkt aus nicht genau berechnen und konstruieren lassen. Auch bei Eintritt des Erfolges untersuchen wir die Handlung auf das Vorliegen gewisser generell bezeichneter Bedingungen, und bei Gegebensein bestimmter allgemeiner Bedingungen pflegen wir die Handlung als Ursache einer bestimmten Wirkung zu bezeichnen. Dieses Urteil über einen bestimmten Verursachungsprozeß führen wir auf unsere Erfahrung zurück, da jede vom menschlichen Willen ausgehende Veränderung in der Außenwelt den Gesetzen des normalen Naturgeschehens unterworfen ist; wenn wir aber diese Prüfung vornehmen, wenn der Erfolg eingetreten ist, dann können wir diese Prüfung durchführen,

8) So Binding GS 85 S. 216.

auch wenn der Erfolg nicht eingetreten ist. Aus diesem Grunde ist die Frage berechtigt, ob bei Vorhandensein gewisser generell bezeichneter Bedingungen durch Hinzutritt besonderer, dem Verhalten des Einzelfalles individuell gegebener Bedingungen der Erfolg eingetreten wäre, oder nicht. [9]) Der Begriff der potentiellen Kausalität setzt die wesentlichen Bedingungen voraus, Bedingungen, die allgemein erkennbar sind, Bedingungen, die für den Entstehungsprozeß unentbehrlich sind, während jene Tatsachen fehlen dürfen, durch deren Ausscheiden der Enstehungsprozeß keine Alteration erleidet. [10]) Es müssen jene Bedingungen gegeben sein, die für unsere Auffassung als wesentliche Erscheinungen gelten, Bedingungen, die für einen Erfolg adaequat sind, während von den Besonderheiten des Einzelfalles abstrahiert werden kann.

§ 8.
Der Begriff der objektiven Gefahr.

Der Begriff der objektiven Gefahr muß auf die Unterscheidung zwischen wesentlichen und zufälligen Bedingungen zurückgreifen. Der Begriff der objektiven Gefahr setzt Begingungen voraus, welche aus dem konkreten Sachverhalt durch bestimmte Generalisierung gewonnen werden. Es muß ein allgemein bezeichneter Bedingungskomplex gegeben sein, der die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Ereignisses unter Hinzutritt von zufälligen Bedingungen, die sich jeder menschlichen Voraussicht entziehen, in sich schließt. [1]) Der konkrete Sachverhalt ist in einer bestimmten Generalisierung zu denken; diese generelle Bezeichnung der Bedingungen muß mit Rücksicht auf den Erfolg stets eine partielle sein, da bei Totalität der für den Erfolg wesentlichen Bedingungen der Erfolg notwendig eintreten muß.

Der Begriff der objektiven Gefahr wird nach Feuerbach definiert als objektive Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses, d. h. in der Objektivität, in der Außenwelt müssen bestimmte Tatsachen vorliegen, welche den Eintritt des Erfolges als möglich erscheinen lassen. [2])

9) Fabian S. 10.
10) So Cohn S. 491.
1) v. Kries S. 291, Rohland S. 1, Roever S. 25, Klee S. 19, Rudert S 60.
2) vgl. v. Kries S. 289, Rudert S. 70, Delaquis S. 85.

Der Begriff der objektiven Gefahr ist ebenso wie der Begriff der objektiven Möglichkeit und der potentiellen Kausalität wiederholt geleugnet worden. Nach der Argumentation des Reichsgerichts kann bei Erfolgseintritt von Gefahr keine Rede mehr sein, das Ausbleiben des Erfolges aber beweist, daß eine Gefahr nicht bestanden hat. (E 8, 202). Bei einer solchen Auffassung bleibt naturgemäß für den Gefahrbegriff kein Raum mehr übrig;[3]) denn Gefahr ist nicht gegeben, mag die Handlung den Erfolg herbeigeführt haben oder im Versuchsstadium stecken geblieben sein.[4])

Allein diese Auffassung verkennt völlig den Begriff der Gefahr, wie ihn das tägliche Leben, die Erfahrung geprägt hat.[5]) Die Erfahrung zeigt uns, daß wir überall dann von Gefahr sprechen dürfen, wenn ein Dritter unbefangener Beobachter bei Kenntnis aller Einzelumstände des besonderen Falles die Möglichkeit des Erfolgeintritts nicht für ausgeschlossen hält, mag auch die Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) des Erfolgeintritts noch so gering sein.[6]) Der Begriff der objektiven Gefahr läßt also Abstufungen zu, da er zugleich die geringste wie die größte Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts in sich schließt. Der Begriff der objektiven Gefahr muß einen Spielraum enthalten, da der Gefahrbegriff die Möglichkeit des Eintretens wie auch des Ausbleibens des Erfolges in sich schließt. Niemals ist die geringste Wahrscheinlichkeit für den Erfolgseintritt dem Ausbleiben, niemals die größte Wahrscheinlichkeit für den Erfolgseintritt dem Eintreten des Erfolges gleich zu setzen, da der Begriff der objektiven Gefahr die Begriffe Wirklichkeit oder Nichtwirklichkeit, Existenz oder Nichtexistenz, Eintreten oder Ausbleiben des Erfolges nicht bestehen läßt. Der Gefahrbegriff ist also nicht mehr anwendbar, wenn der Erfolgseintritt oder das Ausbleiben des Erfolges in der Objektivität bereits feststeht; denn Gewißheit des Eintretens oder des Ausbleibens des Erfolges verträgt der Gefahrbegriff nicht; er schließt nur die Möglichkeit des Erfolgeintritts in sich, ist begrifflich nur im Hinblick auf etwas Ungewisses, in der Zukunft liegendes anwendbar, wenn über Er-

3) So v. Liszt Z 25, S. 40.
4) vgl. v. Buri Z 1, S. 207.
5) vgl. Havenstein GA 35 S. 47, Kohn S. 39, v. Liszt Z 25 S. 40, Rosenberg Z 20 S. 703, Hippel Z 42 S. 528.
6) vgl Hagemann GA 32 S. 744, Huther GA 36 S. 451, Rohland S. 12, Rosenberg Z 20 S. 702 Hippel Z 42 S. 528.

folgseintritt oder Ausbleiben des Erfolges, einen objektiven Zustand, etwas Wirkliches, Reelles, Gegenwärtiges, noch nichts entschieden ist.[7])

Der Begriff der objektiven Gefahr behält im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsurteils seine volle Berechtigung; objektiv müssen Tatsachen gegeben sein, Handlungen von einer bestimmten Beschaffenheit, derart, daß die Subsumtion der Handlung unter den allgemeinen Erfahrungssatz zu bejahen ist. Nicht die Vorstellung des Täters entscheidet über die Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit der Handlung, da der Täter, die Ernstlichkeit des verbrecherischen Willens vorausgesetzt, nur solche Handlungen ausführt, die nach seiner Vorstellung für den Erfolgseintritt geeignet sind; die generelle Eignung der Handlung bestimmen dritte Personen, die alle Umstände des konkreten Falles genau kennen und auf Grund dieser Kenntnis im Sinne einer nachträglichen Prognose ein Urteil über die generelle Eignung dieser Handlung für den Erfolg abgeben können.[8])

Der Begriff der objektiven Gefahr ist also auf dem Begriff der generellen Eignung einer Handlung für den Erfolg, auf dem Begriff der Tauglichkeit der Handlung für den Erfolg begründet;[9]) daraus geht hervor, daß gewisse Tatsachen objektiv vorliegen müssen, damit der Begriff der objektiven Gefahr bejaht werden kann.

Der Begriff der objektiven Gefahr ist überall zu verneinen, wo die Unmöglichkeit des Erfolgeintritts im Sinne einer nachträglichen Prognose bereits von vornherein feststeht, d. h. alle Handlungen sind als ungefährlich zu bezeichnen, bei denen für einen unbefangenen Beobachter, der alle konkreten Umstände des Einzelfalles genau kennt, von vornherein die Unmöglichkeit des Erfolgeintritts feststeht.[10]) Die Ungefährlichkeit der Handlung ist somit nach den Umständen des Einzelfalles auf Grund der Tatsachen, soweit sie für einen unparteiischen Beobachter allgemein erkennbar sind, zu beurteilen.

Die objektive Theorie scheidet aus dem Versuchsgebiete all jene Handlungen aus, die die generelle Eignung für den Erfolg

7) vgl. Hagemann GA 32 S. 227, Landmann S. 33, Delaquis S. 83/84.
8) vgl. Havenstein GA 36 S. 65, Finger Festschrift S. 289. Roever S. 28, v. Kries S. 288, v. Liszt Z 25 S. 37, Fabian S. 8.
9) vgl. Hagemann GA 32, S. 233, 234.
10) vgl. Havenstein GA 36 S. 46, Hippel Z 47 S. 56, v. Kries S. 297, Rudert S. 71, v. Liszt Z 25 S. 25, Horn Z 20 S. 314, Hagemann GA 32 S. 233, Frank Komm. § 43/III 2 S. 88.

nicht besitzen, die eine Gefährdung für ein Rechtsgut nicht bewirken können. [11]) Nach der objektiven Theorie ist der Versuch straflos, wenn nach allgemeiner Erfahrung (für verständiges Urteil) die Handlung nach Lage der Verhältnisse zur Zeit der Tat für die Vollendung des Verbrechens oder Vergehens völlig ungeeignet ist. [12])

§ 9.

Begriff des Irrtums im objektiven Sinne.

Nach der objektiven Theorie liegt der untauglichen Ausführungshandlung ein Irrtum des Täters zugrunde; der Täter irrt entweder über die tatsächlichen Voraussetzungen oder über die Wirkung seiner Ausführungshandlung, bereits von vornherein ist auf Grund der tatsächlich durchgeführten Handlung ein Irrtum des Täters festzustellen.

Will man mit Beziehung auf den Erfolg jede Differenz des Vorstellungsbildes mit dem Tatbilde als Irrtum bezeichnen, dann muß man notwendig in allen Fällen, in denen die Betätigung des verbrecherischen Willens den Erfolg nicht herbeiführt, einen Irrtum des Täters konstatieren. [1]) Allein mit Beziehung auf die Ausführungshandlung, nicht mit Beziehung auf den Erfolg, ist beim untauglichen Versuch ein Irrtum des Täters festzustellen. Beim tauglichen Versuche führt der Täter die Ausführungshandlung genau seiner Vorstellung gemäß aus; beim untauglichen Versuche aber führt der Täter die Ausführungshandlung entweder ganz anders aus als er sie seiner Vorstellung gemäß ausführen will oder er mißt der Handlung eine Wirkung bei, die ihr unter keinen Umständen zukommen kann. Bereits von vornherein liegt auf Grund der tatsächlich durchgeführten Ausführungshandlung ein Irrtum des Täters vor; mit Rücksicht auf das allgemeine Erfahrungswissen, auf das allgemein Erkennbare, liegt in allen Fällen des untauglichen Versuchs ein Irrtum vor, mag dieser Irrtum auf

11) vgl. v. Kries S. 301, Celichowski S. 72, Hippel Z 42 S. 529.
12) Nach der objektiven Theorie ergibt sich für den Versuchsbegriff etwa folgende Formulierung: Wer mit dem Vorsatze, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, eine Handlung betätigt, welche unmittelbar für die Verwirklichung eines Verbrechens oder Vergehens bestimmt und nach allgemeiner Erfahrung geeignet ist, einen Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens zu bilden, ist wegen Versuchs zu bestrafen.
1) So Dohna, Festgabe für Güterbock S. 38.

Verwechslung beruhen oder mag er in einem Nichtwissen der Naturgesetze begründet sein. Von einem Standpunkt eines dritten unparteiischen Beobachters aus kann man einen Irrtum des Täters konstatieren, wenn man die konkrete Handlung des Täters mit dem allgemeinen Erfahrungswissen vergleicht. Es leuchtet ein, daß nur durch Subsumtion der konkreten Handlung unter den allgemeinen Erfahrungssatz im Sinne einer nachträglichen Prognose ein Irrtum des Täters festgestellt werden kann. Ist die Ausführungshandlung im konkreten Falle für die Erfolgsbewirkung untauglich, dann liegt im objektiven Sinne ein Irrtum des Täters vor.[2]) Und im objektiven Sinne ist dem untauglichen Versuche in der Tat ein Irrtum wesentlich;[3]) wenn aber im objektiven Sinne ein Irrtum des Täters festgestellt werden kann, dann ist eine gesonderte Behandlung dieses Irrtums möglich, wenn sie auch im Gesetze nicht begründet ist.

§ 10.

Begriff des Mangels am Tatbestande.

Ein Delikt ist vollendet, wenn alle vom Gesetze begrifflich festgelegten Tatbestandsmerkmale gegeben, insbesondere der Erfolg eingetreten ist. Fehlt nur ein begriffswesentliches Tatbestandsmerkmal, dann ist die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes ausgeschlossen, es liegt ein Mangel am Tatbestande vor.

Es kann nicht bestritten werden, daß auch dem Versuche ein Mangel am Tatbestande, eigen ist;[1]) denn der Versuch als Erscheinungsform des vollendeten Verbrechens enthält ein Minus gegenüber dem objektiven Tatbestande des vollendeten Verbrechens, da der Erfolg, nicht eingetreten ist.[2])

Nach der objektiven Theorie ist Versuch nur dann gegeben, wenn der Mangel am Tatbestande auf die mangelnde Kausalität der Ausführungshandlung zurückzuführen ist,[3]) d. h. nach der

2) A. A. v. Buri GS 20 S. 327.
3) vgl. Cohn, S. 146, v. Kries S. 301, v. Liszt Z 25 S. 53, Kriegsmann S. 23.
1) Frank Komm. § 43/I S. 84; der terminus technicus gesetzlicher Tatbestand ist im § 59 R. St. G. B. genau festgelegt, ebenso Beling Methodik S. 66.
2) vgl. Binding GS 85 S. 208, S. 267; Landmann S. 17, Delaquis S. 115.
3) vgl. Villnow GA 35 S. 125, Beling Methodik, S. 92, Dohna Reform des Strafrechts S. 99, Dohna Festgabe für Güterbock S. 49, Frank Komm. § 43/I S. 83.

objektiven Theorie liegt Versuch nur dann vor, wenn die Möglichkeit des Erfolgeintritts auf Grund der konkreten Handlung im Sinne einer nachträglichen Prognose zu bejahen ist, wenn alle begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, innerhalb des Wirkungsbereiches einer tauglichen Ausführungshandlung gelegen sind. [4]) Ueberall, wo bereits von vornherein die Unmöglichkeit des Erfolgeintritts feststeht, da bleibt für den Versuchsbegriff kein Raum übrig.

Wenn nach der objektiven Theorie die Möglichkeit des Erfolgeintritts nur zu bejahen ist, wenn alle Begriffsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, innerhalb des Wirkungsbereiches einer tauglichen Ausführungshandlung gelegen sind, dann kann die Unmöglichkeit des Erfolges sowohl auf die Untauglichheit der Ausführungshandlung als auch auf das Fehlen eines gesetzlichen Begriffsmerkmals, abgesehen vom Erfolge, zurückzuführen sein. Ist die Unmöglichkeit des Erfolgeintritts der Untauglichkeit der Ausführungshandlung zuzuschreiben, dann ist nach der objektiven Theorie untauglicher Versuch, ist die Unmöglichkeit des Erfolgeintritts dem Mangel eines begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmals, abgesehen vom Erfolge, zuzuschreiben, dann ist Mangel am Tatbestande im technischen Sinne gegeben.

Mit Beziehung auf den Erfolg kann bei Gleichwertigkeit aller begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale ein Unterschied zwischen Versuch und Mangel am Tatbestande nicht festgestellt werden; [5]) denn Versuch und Mangel am Tatbestande stellen gegenüber dem gesetzlichen Tatbestand des vollendeten Delikts ein Minus dar, da beim Versuche wie beim Mangel am Tatbestande nicht alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind. [6]) Damit ist aber noch nicht die Gleichheit von Versuch und Mangel am Tatbestande bewiesen; denn wenn auch weder Versuch noch Mangel am Tatbestande das vollendete Delikt ausmachen, wenn sowohl Versuch wie Mangel am Tatbestand vom vollendeten Versuch verschieden sind, so ist damit die Gleichheit der Größen Versuch und Mangel am Tatbestand noch nicht erwiesen; wie Versuch und Mangel am Tatbestand

4) vgl. Roever S. 45, Bäuchle S. 47, Hagemann GA 32 S. 228, Finger Festschrift S. 272, Binding GS 85 S. 210, Kroschel GS 41, S. 275, Kroschel GS 43 S. 226, Huther GA 36 S. 456.
5) vgl. Kroschel GS 41 S. 274.
6) vgl. Binding GS 85, S. 208. Delaquis S. 115.

vom vollendeten Delikt völlig verschieden sind, ebenso können Versuch und Mangel am Tatbestand untereinander völlig verschieden sein.

Da beim Versuche das Ausbleiben des Erfolges auf die mangelnde Kausalität der Ausführungshandlung, beim Mangel am Tatbestande das Ausbleiben des Erfolges auf das Fehlen eines (begriffswesentlichen) Tatbestandsmerkmals, abgesehen vom Erfolge zurückzuführen ist, so ist eine begriffliche Abgrenzung von Versuch und Mangel am Tatbestande gerechtfertigt, wenn auch die Unterscheidung von Versuch und Mangel am Tatbestande im Gesetze nicht begründet ist, da das Gesetz keinen Aufschluß gibt, ob jede Objektivierung eines verbrecherischen Willens, ganz gleichgültig, aus welchen Gründen der Erfolg ausgeblieben ist, dem Versuchsbegriff zu subsumieren ist.

Nach der objektiven Theorie läßt sich also eine begriffliche Abgrenzung zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand durchführen, untauglicher Versuch wie Mangel am Tatbestand scheiden aus dem Versuchsbegriffe aus. [7])

Ein Mangel am Tatbestand im technischen Sinne kann im Mangel eines jeden begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmals, abgesehen vom Erfolgseintritt, begründet sein; bald kann das Subjekt, bald das Objekt, bald das Mittel im technischen Sinne fehlen, es kann eine rechtlich relevante Eigenschaft, die das Gesetz bald dem Subjekt, Objekt, oder Mittel im technischen Sinne beilegt, fehlen, es können bestimmte örtliche oder zeitliche Verhältnisse, die das Gesetz genau festlegt, fehlen, jeder Mangel eines begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmals abgesehen vom Erfolge, begründet einen Mangel am Tatbestand im technischen Sinn. [8])

Grundsätzlich erscheint im Gesetze als Subjekt im strafrechtlichen Sinne nur ein bestimmter Kreis des Genus Mensch; so scheidet das Gesetz alle Personen unter 14 Jahren als Subjekte im strafrechtlichen Sinne aus, d. h. als Subjekte im strafrechtlichen Sinne können nur Personen über 14 Jahre in Betracht kommen. Und

---

7) vgl. Kroschel GS 43 S. 228, Schotensack GS 91 S. 380, Cohn Juristische Wochenschrift S. 463, Cohn S. 236, 440. Binding GS 85 S. 261, 262 fg. Geyer GS 18 S. 68, Hagemann GA 32, S. 245, Beling Methodik S. 86, Binding GS 85 S. 307 fg. Finger Festschrift S. 294.
8) Dohna Festgabe für Güterbock S. 52/53.

von diesem Kreis des Genus Mensch führt das Gesetz als Subjekte im strafrechtlichen Sinne bald die Angehörigen des männlichen, bald des weiblichen Geschlechtes an, bald eine bestimmte Kategorie von Menschenklassen (Beamte), bald wieder eine bestimmte Art dieser Menschenkategorie (Postbeamte, Polizeibeamte). Als Subjekt im strafrechtlichen Sinne kann nach der objektiven Theorie für das vollendete, wie für das versuchte Verbrechen oder Vergehen nur eine Species des im Gesetze begrifflich festgelegten Genus in Betracht kommen. Nur Personen, die der vom Gesetze begrifflich festgelegten Klasse von Menschen angehören, können sich gegen die Norm auflehnen, da das Gesetz nur die Angehörigen dieser Menschenklasse als Normadressaten bezeichnet. Fehlt das vom Gesetze begrifflich festgelegte Subjekt, ganz gleichgültig aus welchen Gründen, dann liegt ein Mangel am Tatbestande vor; der Täter, der der vom Gesetze begrifflich festgelegten Personenkategorie nicht eingereiht werden kann, kann gegen die Norm nicht verstossen, er ist untaugliches Subjekt im strafrechtlichen Sinne. Jede Handlung, die ein untaugliches Subjekt irrtümlich für verboten hält, ist nach der objektiven Theorie straflos, da jeder Mangel am Tatbestand, gleichgültig aus welchen Gründen, strafrechtlich irrelevant ist.

Ein Mangel des Objekts kann auf verschiedenen Gründen beruhen; der Täter vermutet das Objekt an einem bestimmten Orte, an einer bestimmten Stelle, in Wirklichkeit ist das Objekt an dieser Stelle, an diesem Platze nicht vorhanden. Hieher zu rechnen ist der Fall des Taschendiebes, der in die leere Tasche eines Markt- oder Warenhausbesuchers greift, ein Fall, der in der Praxis eine nicht unerhebliche Rolle spielt.

Die Ausführungshandlung des Täters kann sich nur dann gegen ein rechtlich geschütztes Objekt richten, wenn das rechtlich geschützte Objekt in Wirklichkeit, nicht nur nach der Vorstellung des Täters innerhalb des Wirkungsbereiches der Ausführungshandlung gelegen ist. Ist ein rechtlich geschütztes Objekt innerhalb des Wirkungsbereiches der Handlung nicht gegeben, dann liegt nach der objektiven Theorie ein Mangel am Objekt vor. Aus der Konsequenz der objektiven Theorie ergibt sich für die Fälle des nicht vorhandenen Objekts, das nur nach der Vorstellung des Täters, nicht aber in Wirklichkeit innerhalb des Wirkungskreises

der Handlung gelegen ist, die Straflosigkeit der Fälle des nicht vorhandenen Objekts; aus der Konsequenz der objektiven Theorie läßt sich eine Bestrafung der Fälle des nicht vorhandenen Objekts nicht ableiten. Immerhin ist in den Fällen des nicht vorhandenen Objekts der Einwand berechtigt, die Ausführungshandlung des Täters verstoße gegen die von der Rechtsordnung geschützten Interessen; allein ein rechtliches geschütztes Interesse kann ohne ein rechtlich geschütztes Gut nicht bestehen; denn jedes Interesse weist eine Beziehung zu einem rechtlich geschützten Gute auf, ohne ein von der Rechtsordnung geschütztes materielles oder immaterielles Gut kann ein rechtlich geschütztes Interesse nicht bestehen. [9]) Die Rechtsordnung selbst ist nur ein abstraktes Ding, etwas Gedachtes, etwas was weder verletzt noch gefährdet werden kann. Der Einwand, der Täter würde, wenn er die Umstände gekannt hätte, die der Vollendung entgegen standen, seinen verbrecherischen Willen anders zur Ausführung gebracht haben, [10]) läßt sich auch beim untauglichen Versuche vorbringen, da der Täter, wenn er die Untauglichkeit seiner Ausführungshandlung gekannt hätte, einen anderen Weg eingeschlagen haben würde. Eine Konstruktion aber, die von der Realität abweicht und gedachte, fingierte Verhältnisse zugrunde legt, verläßt jede objektive Grundlage. Allerdings ist zuzugeben, daß die objektive Theorie in den Fällen des nichtvorhandenen Objekts eine Ausnahme von der Regel notwendig macht; keineswegs aber läßt sich diese Ausnahme aus dem der objektiven Theorie zugrunde gelegten Prinzip herleiten. Die Bedürfnisse des praktischen Lebens machen eine Ausnahme von der Grundlage der objektiven Theorie notwendig, in der Konsequenz der objektiven Theorie ist diese Ausnahme nicht gelegen. [11])

Der Mangel eines Objekts kann auch in der Untauglichkeit des angegriffenen Objekts beruhen, d. h. das Angriffs- oder Handlungsobjekt ist nicht identisch mit dem Schutzobjekt; das Angriffsobjekt stellt keine Species des vom Gesetze begrifflich festgelegten Genus dar. Nach der objektiven Theorie ist ebenso wie in den Fällen des nicht vorhandenen Objekts ein strafrechtlich irrelevanter

9) A. A. Frank VD S. 171.
10) vgl. Hagemann GA 32 S. 237.
11) vgl. Frank VD S. 252.

Vorgang gegeben. Gleichgültig ist dabei, ob der Täter seine Absicht, das, was er bezwecken will, erreicht hat, oder nicht; zertrümmert der Täter seine eigene Sache in der Meinung, sie gehöre einem Dritten, dann liegt ein rechtlich bedeutungsloses Faktum vor; im strafrechtlichen Sinne ist weder ein versuchtes noch ein vollendetes Delikt gegeben. Auf Vorgänge, die sich der strafrechtlichen Würdigung entziehen, finden strafrechtliche Begriffe keine Anwendung: alles, was außerhalb der strafrechtlichen Sphäre liegt, ist strafrechtlich irrelevant.

Der Mangel eines Objektes kann endlich in der Nichtexistenz eines Schutzobjektes liegen; das Objekt, gegen das der Täter seinen Angriff richten will, hat nie existiert oder existiert nicht mehr. Hieher zu rechnen ist der für die Praxis bedeutsamste Fall, daß eine Frau ihre vermeintliche Leibesfrucht abtreiben will, ohne daß in Wirklichkeit eine solche existiert. Eine Species des vom Gesetze begrifflich festgelegten Genus ist beim nicht existierenden Objekt in concreto nicht gegeben; nach der objektiven Theorie ist jede Handlung gegen ein nicht existierendes Objekt strafrechtlich belanglos.

Ein begrifflich wesentlicher Unterschied kann in allen Fällen des mangelnden Objekts nicht festgestellt werden; in allen Fällen befindet sich das Schutzobjekt nach der Vorstellung des Täters innerhalb des Wirkungsbereiches der Handlung, in Wirklichkeit aber ist das Schutzobjekt innerhalb des Wirkungsbereiches der Handlung nicht gelegen. In allen Fällen vermag der Täter die in der Außenwelt bestehenden Verhältnisse nicht zu erkennen; gleichgültig ist es, auf welchen Gründen der Irrtum des Täters über die tatsächlichen Verhältnisse in der Außenwelt beruht. In allen Fällen des Mangels am Objekte ist eine Handlung, die vom Täter gegen ein vermeintlich angegriffenes Schutzobjekt vorgenommen wird, strafrechtlich völlig irrelevant.

Ein Mangel am Tatbestand kann nicht nur im Mangel des Subjekts oder Objekts, sondern auch im Mangel des begrifflich festgelegten Mittels, des Mittels im technischen Sinne begründet sein; Mangel des Mittels ist in allen Fällen gegeben, in denen der Täter das vom Gesetze begrifflich festgelegte Mittel anzuwenden

glaubt, während in Wirklichkeit das vom Täter verwendete Mittel dem vom Gesetze begrifflich festgelegten Mittel nicht zuzurechnen ist. In allen Fällen, in denen das vom Gesetz begrifflich festgelegte Mittel nur nach der Vorstellung des Täters, nicht aber in Wirklichkeit vorhanden ist, liegt Mangel am Tatbestande vor, d. h. der Täter ist nicht strafbar wegen Versuch oder Vollendung eines Delikts, das ausdrücklich dieses bestimmte Mittel als Tatbestandsmerkmal erfordert. Ob bei Mangel des Mittels im technischen Sinne die Handlung des Täters gegen eine andere Norm verstößt, bleibt Tatfrage.

In allen Fällen des Mangels am Tatbestande aber muß nach der objektiven Theorie Straflosigkeit eintreten, da bereits von vorn herein die Möglichkeit des Erfolgeintritts ausgeschlossen ist.

2. Die subjektive Theorie.

§ 11.
Begriff der Ausführungshandlung nach der subjektiven Theorie.

Die subjektive Theorie verlangt ebenso wie die objektive Theorie auf der objektiven Seite eine Ausführungshandlung; jedoch stellt sie den Begriff der Ausführungshandlung ganz auf die Vorstellung des Täters ab.[1]) Der Täter entscheidet über die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung, der Täter entscheidet über die Tauglichkeit der Ausführungshandlung; da der Täter, die Ernstlichkeit des verbrecherischen Willens vorausgesetzt, nur solche Handlungen ausführt, die nach seiner Vorstellung geeignet sind, einen Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens zu bilden, so kann nach der subjektiven Theorie ein Unterschied zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen nicht mehr gefunden werden. Aller Streit zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen ist ein für allemal begraben, da die subjektive Theorie einen Unterschied zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen nach objektiven Kriterien nicht mehr zuläßt.[2])

1) vgl. v. Buri GS 20 S. 335, Häberlin GS 24 S. 258.
2) Kroschel GS 43 S. 217.

Der fundamentale Gegensatz zwischen objektiver und subjektiver Theorie tritt in zweifacher Hinsicht scharf hervor: einmal hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung, dann bezüglich der Beschaffenheit der Ausführungshandlung. Die subjektive Theorie verlangt als Ausführungshandlung eine Handlung, die nach der Vorstellung des Täters unmittelbar der Erfolgsverwirklichung dienen soll,[3]) d. h. die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung bemißt sich nicht nach objektiven Kriterien, es ist nicht zu prüfen, ob die Handlung nach allgemeinem Erfahrungswissen der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens unmittelbar dient, es ist genügend, wenn nur der Täter eine Ausführungshandlung zu setzen, durch seine Handlung das Verbrechen oder Vergehen unmittelbar auszuführen glaubt.

Die Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung kann nach der Vorstellung des Täters sowohl diesseits wie jenseits einer objektiven Grenzlinie liegen; nach der Vorstellung des Täters kann bereits eine Ausführungshandlung vorliegen, während in objektiver Hinsicht eine Vorbereitungshandlung gegeben ist, aber auch umgekehrt kann der Täter in objektiver Hinsicht bereits eine Ausführungshandlung setzen, während er nur eine Vorbereitungshandlung vorzunehmen glaubt.[4]) Es leuchtet ein, daß die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen nach der Vorstellung des Täters im einzelnen Falle ganz verschieden ausfallen muß; rein theoretisch sind so viele Grenzlinien möglich, als Täter denkbar sind. Um diese Willkürlichkeiten zu vermeiden, beseitigt die konsequent durchgeführte subjektive Theorie jeden Unterschied zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung, jede Vorbereitung wird in das Gebiet der Ausführungshandlung einbezogen; denn nach der subjektiven Theorie ist das Wesen des strafbaren Versuchs im Gegensatz zu dem in der Vollendung zutage tretenden Erfolge allein im verbrecherischen Willen begründet;[5]) jedes objektive Geschehen ist rechtlich bedeutungslos, nur in sofern erheblich, als die Handlung den verbrecherischen Willen erkennen läßt, d. h. der verbrecherische

3) vgl. Geyer Z 1 S. 36.
4) vgl. v. Buri GS 28 S. 182.
5) E 1, 441;

Wille in der Außenwelt sich betätigt, sich verkörpert hat.[6]) Wenn das Wesen des strafbaren Versuchs allein im verbrecherischen Willen gelegen ist, dann braucht eine bestimmte Charakteristik der Handlung nicht vorzuliegen, es genügt, daß aus der Handlung, ganz gleichgültig welcher Art, der verbrecherische Wille zu erkennen ist, daß durch das objektive Geschehen die verbrecherische Absicht manifestiert ist. Es leuchtet ein, daß durch eine solche Fassung des Versuchsbegriffes das Gebiet des strafbaren Versuchs eine ganz erhebliche Erweiterung erfährt;[7]) denn wenn auf der objektiven Seite jede Handlung, jede Verkörperung des verbrecherischen Willens, jede Vergegenständlichung des dolus genügt, dann kann naturnotwendig zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung nicht mehr unterschieden werden.[8])

Damit ist allerdings in der Objektivität jeder Unterschied beseitigt; allein diese umfassende Formulierung des Versuchsbegriffes beseitigt in der Realität nicht nur jede Schranke, sondern läßt jedes objektive Geschehen, ganz gleichgültig welcher Art, auf der objektiven Seite genügen; denn das Wesen des strafbaren Versuchs ist allein im verbrecherischen Willen begründet, irgend ein objektives Geschehen ist nur in sofern von Bedeutung, als es den verbrecherischen Willen erkennen läßt. Wenn aber das objektive Geschehen nur dazu dient, den verbrecherischen Willen offenkundig zu machen, dann muß jedes Geschehen, das den verbrecherischen Willen dokumentiert, auf der objektiven Seite genügen. Es muß genügen, daß der verbrecherische Wille zur Kenntnis der Außenwelt gekommen ist, ohne daß sich der verbrecherische Wille bereits in der Außenwelt betätigt hat; denn nicht jede Kundgabe des verbrecherischen Willens enthält eine Betätigung des verbrecherischen Willens. Es kann sich der verbrecherische Wille durch harmlose Symptome verraten, ohne daß bereits Handlungen vorliegen müssen, welche nach der Vorstellung des Täters der Verwirklichung des Verbrechens dienen sollen. Da die subjektive Theorie der Handlung keine Bedeutung beilegt, ist die Handlung lediglich Symptom des verbrecherischen Willens, soweit der verbrecherische Wille durch die Handlung für die Außenwelt erkenn-

6) vgl. Delaquis S. 174, Kroschel GS 43 S. 221, E 1, 442: Im Grunde ist nur zu verlangen, daß der verbrecherische Gedanke sich in äußeren Handlungen kund gegeben hat. E 8, 203.
7) vgl. Kroschel GS 41 S. 276, Fabian S. 22, Cohn S. 696.
8) So v. Liszt Z. 25 S. 88, Finger Festschrift S. 319, Rohland S. 72, 73.

bar geworden ist; wenn aber die Tatsachen, durch die der verbrecherische Wille in die Erscheinung tritt, keinen Unterschied begründen, dann muß naturnotwendig jede Erscheinung des verbrecherischen Willens in der Außenwelt, gleichgültig welcher Art, für den Versuchsbegriff genügen.[9]) Damit ist alles, was jenseits der nuda cogitatio und diesseits der Vollendung liegt, dem Versuchsbegriffe eingereiht.[10])

Daraus geht hervor, daß die theoretische Grundlage der subjektiven Theorie für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung nicht verwertbar ist;[11]) entweder genügt jede Objektivierung des verbrecherischen Willens, d. h. jede Handlung, die aus einem verbrecherischen Willen heraus vorgenommen wird, und es kann zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung nicht mehr unterschieden werden, oder es ist für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung ein objektiver Maßstab heranzuziehen, um eine einigermaßen sichere, allgemein gültige und brauchbare Grenzlinie zu gewinnen, da eine subjektive Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung theoretisch ganz verschiedene Resultate zeigen und in der Praxis an der Beweisfrage scheitern muß.

Das Reichsgericht hat seit der bekannten Plenarentscheidung vom 24. Mai 1880 konstant die subjektive Theorie vertreten, die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen aber grundsätzlich nach objektiven Kriterien vorgenommen.[12]) Wenn aber eine Unterscheidung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen nach objektiven Kriterien möglich und durchführbar ist, dann ist auch eine Scheidung zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen nach objektiven Kriterien theoretisch und praktisch möglich und durchführbar.

---

9) vgl. Finger Festschrift S. 314. Schoen S. 27. Cohn S. 695, Beling Methodik S. 87.

10) Cohn S. 113. Rudert S. 40.

11) vgl. Frank VD S. 265, E 53, 218 erweist deutlich, daß eine subjektive Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung in der Praxis an der Beweisfrage scheitert, da die Vorstellung des Täters eine solch schwierige Frage gar nicht entscheiden kann.

12) E 59, 157 verlangt als Ausführungshandlung „eine Handlung, die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit einer Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint". Die Abgrenzung erfolgt also nach der natürlichen Auffassung, nicht nach der Vorstellung des Täters. E 15, 56 verlangt als Ausführungshandlung „einen Anfang der zum Tatbestand der beabsichtigten Straftat gehörigen Handlung", und E 8, 202 „Handlungen, welche bestimmt sind unmittelbar den Tatbestand der Straftat selbst zu realisieren." E 53, 2 läßt allerdings den Begriff der Tatbestandshandlung in einem weiten Sinne: „unter Umständen kann schon die bloße Ermöglichung einer Ausführungshandlung zur Ausführungshandlung gerechnet werden". Nach der objektiven Theorie werden Handlungen, die die Ausführungshandlung nur ermöglichen, d. h. der Ausführungshandlung, der Durchführung der verbrecherischen Tätigkeit selbst vorausgehen, den Vorbereitungshandlungen zugerechnet.

Die Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen ist wohl zu unterscheiden von der Frage der Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen, wenn auch jede Frage je nach der theoretischen Grundlage nach dem gleichen Prinzip zu entscheiden ist. Nach der subjektiven Theorie entscheidet über die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen, sowie über die Beschaffenheit der Ausführungshandlungen allein die Vorstellung des Täters; die Vorstellung des Täters ist Maßstab und Richtschnur für die Entscheidung beider Fragen. Nach der subjektiven Theorie läßt sich ein begrifflicher Unterschied zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen nicht mehr konstruieren, da der Täter, die Ernstlichkeit des verbrecherischen Willens vorausgesetzt, nur solche Handlungen ausführt, die nach seiner Vorstellung geeignet sind, das Verbrechen oder Vergehen zu verwirklichen.

Die subjektive Theorie stellt also den Begriff der Tauglichkeit der Ausführungshandlung ganz auf die Vorstellung des Täters ab;[13]) denn nach der subjektiven Theorie gibt das Gesetz keine Begriffsbestimmung der Ausführungshandlung, sodaß im Zweifel jede Ausführungshandlung genügen muß, das Gesetz will durch die Bestimmung „Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens" lediglich eine Abgrenzung zwischen straflosen Vorbereitungs- und strafbaren Ausführungshandlungen durchführen;[14]) die objektive Theorie ist nicht in der Lage, eine scharfe, allgemein gültige Grenze zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen anzugeben. Nach Ansicht des Reichsgerichts gibt es keine Handlung, die für irgend einen Erfolg völlig untauglich ist, während in concreto beim Versuche jede Handlung ihre Untauglichkeit für den Erfolg erwiesen hat.[15]) Es leuchtet ein, daß bei völliger Verschiebung der Vergleichsbasis ein Vergleich nicht durchgeführt werden kann; denn in abstracto erklärt das Reichsgericht jede Handlung als tauglich für den Erfolg, in concreto aber jede Handlung beim Versuche für untauglich. Im einen Falle geht das Reichsgericht von einer ganz willkürlichen, alle Bedingungen

13) vgl. Kroschel GS 41 S. 275.
14) El, 441.
15) El, 442.

des Erfolges umfassenden Handlung aus, während es im anderen Falle eine ganz bestimmte, gewisse Bedingungen umfassende Handlung zugrunde legt. Wenn es aber erlaubt ist, eine Handlung ganz nach Belieben zusammenzustellen, dann muß es auch erlaubt sein, von einer Handlung ganz beliebig Abstriche zu machen; irgend ein Beweis für die Tauglichkeit oder Untauglichkeit einer Handlung ist damit nicht geführt.

Es ist zweifellos richtig, daß beim tauglichen wie beim untauglichen Versuche keine aus dem verbrecherischen Willen hervorgehende Handlung den Erfolg herbeigeführt hat; daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß beim tauglichen wie beim untauglichen Versuche eine gleichgeartete Handlung gegeben ist; denn die objektive Theorie geht keineswegs von ganz willkürlichen Bedingungen aus, sondern sie legt die in concreto gegebenen Bedingungen zugrunde, sie gibt auf Grund des Erfahrungssatzes, eines allgemeinen Maßstabes, ein Urteil darüber ab, ob die in concreto gegebene Handlung in ihrer naturgemäßen Fortsetzung oder in ihrer vollständigen Durchführung, d. h. ihrer objektiven Vorliegenheit, generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen.

Nach der subjektiven Theorie muß eine Handlung gegeben sein, die der Täter für die Erfolgsverwirklichung als geeignet ansieht.[16]) Will man die Bedeutungslosigkeit einer Handlung nach der Vorstellung des Täters bejahen, dann muß man naturnotwendig den verbrecherischen Willen verneinen; denn ein bedeutugsloses, nach der Vorstellung des Täters harmloses Verhalten hebt den verbrecherischen Willen auf.[17]) Es muß also mindestens eine nach der Vorstellung des Täters taugliche Handlung vorliegen, mag sie auch objektiv völlig untauglich sein. Keineswegs aber ist es gestattet, aus der objektiven Bedeutungslosigkeit der Handlung den verbrecherischen Willen zu negieren; nach der subjektiven Theorie muß es genügen, wenn nur der Täter, und dieser allein, seine Handlung für die Erfolgsverwirklichung für geeignet hält. Eine objektive, vom Standpunkt eines unparteiischen Dritten vorzunehmende Betrachtung muß völlig ausscheiden; denn entweder läßt man ein objektives Kriterium zu, und dann in jedem Falle,

16) vgl. Geyer Z 1 S. 36.
17) vgl. Cohn S. 181.

oder man muß es völlig für eine begriffliche Unterscheidung ablehnen. Auf das Maß außergewöhnlicher Unwissenheit oder exorbitanter Dummheit kann dabei keine Rücksicht genommen werden; denn entweder werden Dummheit und Unwissenheit des Täters für eine begriffliche Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen allgemein berücksichtigt oder allgemein für eine Unterscheidung ausgeschieden.[18]) Es entspricht nicht der logischen Durchführung des Prinzips der subjektiven Theorie, Fälle exorbitanter Dummheit, Fälle, die außerhalb des Naturkausalismus[19]) liegen, aus dem Versuchsbegriffe auszuscheiden. Aus der Konsequenz der subjektiven Theorie läßt sich die Straflosigkeit des Versuchs mit abergläubischen Mitteln nicht rechtfertigen;[20]) denn wenn die subjektive Theorie das objektive Geschehen als rechtlich irrelevant erklärt, dann muß jede Objektivierung des verbrecherischen Willens, ganz gleichgültig welcher Art, auf der objektiven Seite genügen. Nur die Erfahrung bestätigt uns, daß beim Versuche mit abergläubischen Mitteln die Ausführungshandlung nicht zum Erfolg führen kann;[2]) wenn aber die subjektive Theorie beim Versuche mit abergläubischen Mitteln auf die allgemeine Erfahrung, auf die wissenschaftliche Erkenntnis zurückgreifen muß, dann ist es nur konsequent, bei jeder Ausführungshandlung auf die allgemeine Erfahrung, auf die wissenschaftliche Erkenntnis zurückzugreifen. Es liegt auch kein Grund vor, beim Versuche mit abergläubischen Mitteln die Ernstlichkeit des verbrecherischen Willens in Zweifel zu ziehen;[22]) denn nach der subjektiven Theorie ist es genügend, wenn der Täter und nur dieser allein die Ausführungshandlung als geeignet für die Erfolgsbewirkung hält.[23]) Nach von Buri würde die Ernstlichkeit des verbrecherischen Willens zu bejahen sein, wenn der Täter die Wahrnehmung gemacht haben würde, daß Menschen wiederholt

---

18) Gl. M. Schoetensack GS 91 S. 392.

19) Der Begriff Naturkausalismus enthält ein überflüssiges Beiwort; denn der Begriff der Kausalität findet nur in der Welt der Erscheinungen, in der für uns gegebenen Natur Anwendung; eine andere Kausalität existiert für uns nicht. Nach der subjektiven Theorie ist der Begriff der Kausalität nur anwendbar, wenn einer bestimmten Ursache eine bestimmte Wirkung entspricht. Der Begriff der Kausalität kann nach der subjektiven Theorie beim Versuche gar keine Verwendung finden, da mit Beziehung auf den Erfolg in der Außenwelt keine Veränderung stattgefunden hat.

20) vgl. Landmann S. 43, Beling GS 91, S. 362.

21) E 33, 323: Abergläubische Mittel sind nicht in der wissenschaftlichen Erkenntnis und Erfahrung des Lebens begründet.

22) Gl. M. Schoetensack GS 91, S. 392, Klee S. 35, Landmann S. 63, Kohler S. 10, Schoen S. 33, Rudert S. 24, Fabian S. 25, E 33, 322; A. A. Frank Komm § 43/III 2 S. 88/89.

23) Finger Festschrift S. 317, Schoen S. 30.

durch Gebet oder Geisterbeschwörung umgekommen sind;[24]) allein dieser Einwand läßt sich bei jedem Mittel bringen, das nicht nur nach der Vorstellung des Täters, sondern auch nach allgemeinem Erfahrungswissen für die Erfolgsbewirkung völlig ungeeignet ist. Aus der Konsequenz der subjektiven Theorie läßt sich die Straflosigkeit des Versuchs mit abergläubischen Mitteln nicht ableiten. Will die subjektive Theorie logische Geschlossenheit und konsequente Durchführung ihres Prinzips für sich in Anspruch nehmen, dann muß man verlangen, daß sie die aus der Prämisse gezogenen Konsequenzen rücksichtslos durchführt.

Die Entscheidung des Reichsgerichts über den Versuch mit abergläubischen Mitteln hat deutlich erwiesen, daß die subjektive Theorie, ganz konsequent durchgeführt, zu unerträglichen Ergebnissen führt.[25]) Und in der Tat ergibt jede Theorie, sowohl die subjektive wie auch die objektive in ihrer konsequenten Durchführung unbefriedigende Resultate,[26]) da die objektive Theorie die Fälle des nicht vorhandenen Objekts in das Versuchsgebiet eingliedern, die subjektive Theorie aber die Fälle exorbitanter Dummheit und grober Unwissenheit aus dem Versuchsgebiet ausscheiden will.

§ 12.
Begriff des Mangels am Tatbestande nach der subjektiven Theorie.

Die subjektive Theorie stellt nicht allein die Tauglichkeit der Ausführungshandlung für den Erfolg, sondern auch das Vorhandensein sämtlicher Begriffsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, auf die Vorstellung des Täters ab. Die subjektive Theorie läßt die Vorstellung des Täters für das Vorhandensein sämtlicher Begriffsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, genügen, d. h. es müssen nur nach der Vorstellung des Täters sämtliche Begriffsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, innerhalb des Wirkungsbereiches der Ausführungshandlung liegen, ohne daß objektiv alle begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, gegeben sind. Nach der konsequent durchgeführten subjektiven Theorie ist jeder Mangel am Tatbestande im technischen Sinne

24) v. Buri GA 1877 S. 312.
25) vgl. Hippel Z 42 S 526.
26) Köhler Reformfragen des Strafrechts S. 51: weder der rein objektive noch der rein subjektive Standpunkt liefern befriedigende Resultate.

dem Versuchsbegriffe einzureihen, da jede Objektivierung eines verbrecherischen Willens, die den Erfolg, ganz gleichgülig aus welchen Gründen, nicht herbeigeführt hat, dem Versuchsbegriffe zu subsumieren ist.

Darüber kann kein Zweifel bestehen, daß auch in den Fällen des Mangels am Tatbestande der verbrecherische Wille des Täters zu bejahen ist[1]; denn der verbrecherische Wille ist auf die Herbeiführung eines vom Gesetze verpönten Erfolges gerichtet; auf der subjektiven Seite läßt sich somit ein Unterschied zwischen Versuch und Mangel am Tatbestande nicht feststellen[2]).

Auf der objektiven Seite aber erklärt die subjektive Theorie das Fehlen irgend eines begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmals, abgesehen vom Erfolge, als rechtlich irrelevant, d. h. alle begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, müssen nicht in Wirklichkeit, sondern nur nach der Vorstellung des Täters innerhalb des Wirkungsbereiches der Ausführungshandlung gegeben sein. Wenn aber die Vorstellung des Täters alle begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, ersetzen kann, dann muß die Vorstellung des Täters auch jedes beliebige Tatbestandsmerkmal ersetzen können; denn jedes Tatbestandsmerkmal ist für den Erfolg von gleich wesentlicher Bedeutung. Nach der konsequent durchgeführten subjektiven Theorie ist also jeder Mangel am Tatbestande, ganz gleichgültig auf welchen Gründen er beruht, dem Versuchsbegriffe zu subsumieren.[3])

Nach der subjektiven Theorie sind dem Versuchsbegriffe nicht nur die Fälle des untauglichen Versuchs einzureihen, d. h. jene Fälle, in denen, abgesehen vom Erfolge, alle begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale in der Objektivität gegeben sind und das Ausbleiben des Erfolges nur auf die mangelnde Kausalität der Ausführungshandlung zurückzuführen ist, nach der subjektiven Theorie sind dem Versuchsbegriffe auch die Fälle des Mangels am Tatbestande einzugliedern, d. h. jene Fälle, in denen, abgesehen vom Erfolge, die übrigen vom Gesetze begrifflich festgelegten

1) Rudert S. 25.
2) Binding GS 85 S. 319.
3) Gl. M. Hagemann GA 32 S. 245, Kroschel GS 43 S. 217, 296. Beling Methodik S. 156.

Tatbestandsmerkmale in der Realität garnicht gegeben sind, sondern nur nach der Vorstellung des Täters innerhalb des Wirkungsbereiches der Handlung gelegen sind; denn die subjektive Theorie fordert für den Versuchsbegriff nur eine Betätigung des verbrecherischen Willens, der dolus muß sich in der Außenwelt in Handlungen umsetzen, die nach der Vorstellung des Täters der Erfolgsverwirklichung dienen. Es kann also nach der konsequent durchgeführten subjektiven Theorie ein rechtlicher Unterschied zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand nicht mehr durchgeführt werden, da jede Betätigung des verbrecherischen Willens, die den Erfolg, ganz gleichgültig aus welchen Gründen, nicht herbeigeführt hat, dem Versuchsbegriffe zu subsumieren ist.[4])

Das Reichsgericht will aber die Fälle des fehlenden Subjekts aus dem Versuchsbegriffe herausnehmen;[5]) die Herausnahme der Fälle des fehlenden Subjekts aus dem Versuchsbegriffe ist aber nach der subjektiven Theorie nicht begründet; denn wenn nach der subjektiven Theorie bezüglich des Fehlens irgend eines Tatbestandsmerkmals kein Unterschied besteht, und nur die Vorstellung des Täters über das Vorhandensein aller objektiven Begriffsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, entscheidet, dann muß es genügen, wenn nur nach der Vorstellung des Täters ein taugliches Subjekt vorhanden ist. Allein das Reichsgericht schreckt vor dieser Konsequenz zurück; soweit als Täter bestimmte Personenklassen, Beamte, Militärpersonen in Frage kommen, läßt das Reichsgericht die Meinung des Täters, die doch, abgesehen vom Erfolge, jedes fehlende Deliktsmerkmal zu ersetzen vermag, hinter der Wirklichkeit zurücktreten.[6])

Dagegen hat das Reichsgericht alle Fälle des untauglichen Objekts dem Versuchsbegriffe eingereiht. Nach der Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Mai 1880 ist strafbarer Versuch gegeben, wenn eine untaugliche Handlung sich gegen ein untaugliches bezw. nicht existierendes Objekt richtet. Eine Frauensperson, die mit einem völlig harmlosen Getränk, das sie für ein Abtreibungsmittel hält, ihre vermeintliche Leibesfrucht abzutreiben versucht,

4) Klee zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz S. 45, Cohn S. 241.
5) E 8, 198
6) Gl. M. Binding GS 85 S. 319.

obgleich sie in Wirklichkeit gar nicht schwanger ist, ist wegen versuchter Abtreibung zu verurteilen; denn die subjektive Theorie verlangt nur eine Objektivierung des verbrecherischen Willens, d. h. eine Betätigung des Vorsatzes in der Außenwelt, mag sich diese Betätigung objektiv auch als ein harmloses Tun darstellen. Da nach der subjektiven Theorie der Objektivität beim Versuche keine rechtliche Bedeutung zukommt, kann dem objektiven Geschehen nach der subjektiven Theorie nur symptomatische Bedeutung zukommen. Das äußere Geschehen ist als rechtlich revelanter Vorgang nicht zu werten;[7]) es bleibt also nach der subjektiven Theorie nur die Äußerung eines verbrecherischen Willens übrig, die Strafe läuft auf eine reine Gesinnungsstrafe hinaus.[8])

3. Die subjektiv-objektive Theorie.

§ 13.
Begriff der Ausführungshandlung nach der subjektiv-objektiven Theorie.

Die subjektiv-objektive Theorie sucht die unbefriedigenden Ergebnisse, zu denen die subjektive und die objektive Theorie in ihrer konsequenten Durchführung gelangen,[1]) zu beseitigen, sie sucht die Gegensätze zwischen den beiden extremen Theorien auszugleichen. Die subjektiv-objektive Theorie nimmt in dem Theorienstreite zwischen subjektiver und objektiver Theorie eine vermittelnde Stellung ein; aus diesem Grunde wird die subjektiv-objektive Theorie auch als Vermittlungs- oder Vereinigungstheorie bezeichnet. Und in der Tat besteht das Wesen der subjektiv-objektiven Theorie in einer Synthese der beiden extremen Theorien, d. h. die Vorstellung des Täters wird nach objektiven Kriterien überprüft.

Die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen ist nach subjektiv-objektiven Kriterien vorzunehmen; nach der subjektiv-objektiven Theorie ist als Ausführungshandlung jede Handlung zu qualifizieren, die nach der Vorstellung des

7) Klee zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz S. 45.
8) Geyer GS 18 S. 44.
1) Köhler Reform des Strafrechts S. 51.

Täters, gemessen am allgemeinen Erfahrungswissen generell geeignet ist, einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens zu bilden. Die in der Vorstellung des Täters gegebene Handlung ist nach objektiven Kriterien zu prüfen, d. h. es ist zu untersuchen, ob die in der Vorstellung des Täters gegebene Handlung nach allgemeinem Erfahrungswissen als Ausführungshandlung anzusehen ist. Will der Täter eine Ausführungshandlung setzen, welche in Wirklichkeit als Vorbereitungshandlung zu qualifizieren ist, dann ist nach der subjektiv-objektiven Theorie eine Ausführungshandlung gegeben, sofern nur die Handlung, wie sie in der Vorstellung des Täters existiert, nach allgemeinem Erfahrungswissen als Ausführunghandlung anzusehen ist; umgekehrt kann eine Handlung, die nach der Vorstellung des Täters als Vorbereitungshandlung, in Wirklichkeit aber als Ausführungshandlung zu qualifizieren ist, den Vorbereitungshandlungen zuzurechnen sein, sofern nur die Handlung so, wie sie nach der Vorstellung des Täters in der Außenwelt gesetzt ist, als Vorbereitungshandlung anzusehen ist. Für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen entscheidet also nicht die Objektivität, nicht die Handlung, wie sie tatsächlich ausgeführt wird, sondern an das Vorstellungsbild, die Fantasie des Täters wird ein objektiver Maßstab angelegt, und je nach dem Ausgang dieser Prüfung ist eine Vorbereitungs- oder Ausführungshandlung gegeben.

Auch bei der Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen entscheidet nicht die Objektivität, die Handlung in ihrer objektiven Beschaffenheit, sondern entscheidend ist die Vorstellung des Täters, an die ein objektiver Maßstab anzulegen ist.

Als taugliche Ausführungshandlung ist nach der subjektiv-objektiven Theorie eine Handlung zu qualifizieren, die nach der Vorstellung des Täters, gemessen am allgemeinen Erfahrungswissen generell geeignet ist, einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens zu bilden.[2]) Frank hat bezüglich der Ausführungshandlung folgende Formulierung geprägt: „Tue nicht, was kausal sein könnte, wenn Dein Verhalten Deiner Vorstellung entspräche."[3])

2) vgl. Finger Festschrift S. 284, Dohna Reform des Strafrechts S. 94.
3) vgl. Frank Komm. § 43/III 2 S. 89.

Es wird also die Vorstellung des Täters herangezogen und diese Vorstellung zur Grundlage einer Prüfung genommen, die Handlung sei so ausgeführt, wie sie der Vorstellung des Täters entspricht, d. h. glaubt der Täter eine Ausführungshandlung vorzunehmen, die nach allgemeinem Erfahrungswissen als taugliche Ausführungshandlung zu qualifizieren ist, ohne es in Wahrheit zu sein, dann liegt im Sinne der subjektiv-objektiven Theorie eine taugliche Ausführungshandlung vor. Es wird unterstellt, die Ausführungshandlung sei so beschaffen, wie sie nach der Vorstellung des Täters beschaffen ist, und die so geartete, nach der Vorstellung des Täters gegebene Handlung wird auf ihre generelle Eignung für die Erfolgsverwirklichung geprüft. Nach der subjektiv-objektiven Theorie ist also eine taugliche Ausführungshandlung gegeben, wenn die Ausführungshandlung nach der Vorstellung des Täters, nach dem Tatsachenwissen des Täters, gemessen an dem Erfahrungswissen der Allgemeinheit generell geeignet ist, einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens zu bilden. Daraus ergibt sich im negativen Sinne der Begriff der untauglichen Ausführungshandlung; ist die Handlung nach der Vorstellung des Täters, gemessen am allgemeinen Erfahrungswissen generell ungeeignet für die Erfolgsverwirklichung, dann liegt im Sinne der subjektiv-objektiven Theorie eine untaugliche Ausführunghandlung vor. Nach der subjektiv-objektiven Theorie liegt der tauglichen Ausführungshandlung ein ontologischer, der untauglichen Ausführungshandlung ein nomologischer Irrtum zugrunde. Ein ontologischer Irrtum ist gegeben, wenn das Vorstellungsbild des Täters bezüglich der Ausführungshandlung, der Plan des Täters als generell tauglich, die tatsächlich durchgeführte Ausführungshandlung aber als generell untauglich für die Erfolgsbewirkung anzusehen ist. Beim ontologischen Irrtum wird also die Identität des Vorstellungsbildes des Täters bezüglich der Ausführungshandlung mit dem Tatbild der Ausführungshandlung fingiert, während in Wirklichkeit die Identität zwischen Vorstellungsbild und Tatbild bezüglich der Ausführungshandlung nicht gegeben ist, da sich der Täter in einem Irrtum über die tatsächlichen Verhältnisse der Außenwelt befindet.[4]) Irrt der Täter dagegen über die Wirkung der Gesetze des Naturgeschehens, dann liegt ein nomologischer Irrtum vor. Die Identität

4) vgl. Frank Komm. § 43/III 2 S. 90.

des Vorstellungsbildes des Täters bezüglich der Ausführungshandlung mit der tatsächlich durchgeführten Ausführungshandlung ist zu bejahen; nicht nur das Vorstellungsbild des Täters, der Plan des Täters, sondern auch die tatsächlich durchgeführte Ausführungshandlung ist als untauglich für die Erfolgsbewirkung anzusehen. Der Vorstellungsinhalt, das Urteil des Täters bezüglich der Ausführungshandlung ist in allgemein erkennbarer Weise als falsch zu bezeichnen, da der Täter der Ausführungshandlung eine Wirkung zuschreibt, wie sie der in der Vorstellung des Täters und in Wirklichkeit durchgeführten Ausführungshandlung unter keinen Umständen zukommen kann.[5])

Nach der subjektiv-objektiven Theorie ist derjenige straflos, der einen gesunden Menschen durch Zauberformeln oder durch Zucker töten will, da die nach der Vorstellung des Täters durchgeführte Ausführungshandlung als untauglich für die Erfolgsbewirkung anzusehen ist. Strafbar dagegen derjenige, der einem Diabetiker in Tötungsabsicht Zucker verabreichen will, während er in Wirklichkeit eine für einen Diabetiker völlig unschädliche Substanz verabreicht.

Nach der subjektiv-objektiven Theorie ist also nicht die tatsächlich ausgeführte, die in der Realität gegebene Handlung, sondern die in der Vorstellung, in der Ideenwelt, in der Fantasie des Täters liegende Handlung dem Erfahrungssatze zu subsumieren. Es findet eine Überprüfung der Vorstellung, des Tatsachenwissens des Täters mit dem allgemeinen Erfahrungswissen statt und je nach dem Ausfall dieser Prüfung wird die Handlung als tauglich oder untauglich bewertet.[6]) Ein dritter unbefangener Beobachter prüft die Vorstellungswelt, den Plan des Täters und auf Grund einer Fiktion, die Handlung sei entsprechend der Vorstellung des Täters in der Objektivität durchgeführt, wird eine Einteilung in taugliche und untaugliche Ausführungshandlung vorgenommen.

Nach der objektiven Theorie ist in allen Fällen des nomologischen und des ontologischen Irrtums eine rechtlich irrelevante Handlung, nach der subjektiven Theorie in allen Fällen eine rechtlich relevante Handlung gegeben. Der verbrecherische Wille

5) Dohna Festgabe für Güterbock S. 61, Frank Komm. § 43/III, 2 S. 89/90.
6) vgl. Finger Festschrift S. 289.

ist in allen Fällen des nomologischen und ontologischen Irrtums derselbe; im verbrecherischen Willen allein ist für die Objektivität nichts enthalten; entweder vermag aber der verbrecherische Wille in allen Fällen aus der objektiven Bedeutungslosigkeit einer Handlung eine rechtlich relevante zu machen, oder er vermag es nie.[7]) Ist das objektive Geschehen bedeutungslos, dann kann aus dem verbrecherischen Willen heraus ein rechtlich relevanter Unterschied in die Objektivität nicht hineinkonstruiert werden, da nur die Wahl besteht entweder eine objektive Grenze zu ziehen, oder jede objektive Grenze aufzugeben; keineswegs aber vermag die Ideenwelt, die Vorstellungswelt des Täters eine äußere Grenze, eine in der Objektivität liegende Grenze zu bestimmen.[8])

Nach der subjektiv-objektiven Theorie entscheidet für die Beurteilung der Tat lediglich die Meinung des Täters, sein besseres oder schlechteres Wissen, seine bessere oder schlechtere Kenntnis der Naturfolgen.[9]) Soll die Strafe präventiven Charakter tragen, dann ist sie in allen Fällen des untauglichen Versuchs gerechtfertigt; denn wenn die Fiktion erlaubt ist, der Täter werde, sobald er seinen Irrtum entdeckt, eine taugliche Ausführungshandlung vornehmen, dann muß diese Fiktion in allen Fällen des untauglichen Versuchs gelten.

§ 14.
Begriff des Mangels am Tatbestande nach der subjektiv-objektiven Theorie.

Nach der konsequent durchgeführten subjektiv-objektiven Theorie ist die Vorstellungswelt des Täters nicht nur bezüglich der Beschaffenheit der Ausführungshandlung, sondern auch bezüglich des Vorhandenseins sämtlicher begriffswesentlicher Tatbestandsmerkmale, abgesehen vom Erfolge nach objektiven Kriterien zu überprüfen. Nach der subjektiv-objektiven Theorie sind die Voraussetzungen des Versuchsbegriffes erfüllt, wenn nach dem Vorstellungsbilde des Täters, gemessen am allgemeinen Erfahrungs-

7) vgl. Schoetensack GS 91 S 401.
8) vgl. Cohn S. 327.
9) Köhler S. 12.

wissen, die Möglichkeit der Erfolgsverwirklichung gegeben ist; ist nach dem Vorstellungsinhalt des Täters, gemessen am allgemeinen Erfahrungswissen, vonvorn herein ein Unmöglichkeitsurteil notwendig, dann ist nach der subjektiv-objektiven Theorie ein rechtlich irrelevanter Vorgang gegeben. Liegt dem Vorstellungsinhalt des Täters bezüglich der Ausführungshandlung ein nomologischer Irrtum zugrunde, d. h. ist die in der Vorstellung des Täters gegebene und nach der Vorstellung des Täters durchgeführte Handlung nach allgemeinem Erfahrungswissen generell ungeeignet für die Erfolgsbewirkung, dann ist nach der subjektiv-objektiven Theorie untauglicher Versuch gegeben. Liegt aber dem Vorstellungsbilde des Täters ein nomologischer Irrtum zugrunde bezüglich des Vorhandenseins der begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale, abgesehen vom Erfolge d. h. ist der Irrtum des Täters bezüglich des Vorhandenseins der begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, derart, daß irgend ein in der Vorstellung des Täters gegebenes Tatbestandsmerkmal nach allgemeinem Erfahrungswissen der Erfolgsverwirklichung unter keinen Umständen dienen kann, dann ist Mangel am Tatbestande gegeben.

Mangel am Tatbestande ist also nach der subjektiv-objektiven Theorie zu bejahen, wenn das in der Vorstellung des Täters gegebene Tatbestandsmerkmal nach allgemeinem Erfahrungswissen für die Erfolgsbewirkung völlig ungeeignet ist, wenn das dem Vorstellungsbilde des Täters zugrunde liegende Begriffsmerkmal nach allgemeinem Erfahrungswissen der vom Gesetze festgelegten Begriffsreihe nicht zuzurechnen ist. Nach der subjektiv-objektiven Theorie ist zu prüfen, ob das in der Vorstellung des Täters gegebene Begriffsmerkmal nach allgemeinem Erfahrungswissen als taugliches Begriffsmerkmal fungieren kann.

Nach der subjektiv-objektiven Theorie ist also zu prüfen, ob das in der Vorstellung des Täters gegebene Begriffsmerkmal, das in der Vorstellung des Täters liegende Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinne derart ist, daß nach den Regeln der Naturordnung der Erfolgseintritt möglich, d. h. das in der Vorstellung des Täters gegebene Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinn nach allgemeinem Erfahrungswissen als taugliches Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinne anzusehen ist. Ist das von der

Vorstellung des Täters umfasste begriffswesentliche Tatbestandsmerkmal, abgesehen vom Erfolge, nach allgemeinem Erfahrungswissen als untaugliches Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinne zu qualifizieren, dann liegt Mangel am Tatbestande vor.

Die subjektiv-objektive Theorie läuft darauf hinaus, die Vorstellungswelt des Täters nicht nur bezüglich der Ausführungshandlung, sondern auch bezüglich aller begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, mit der allgemeinen Naturordnung zu vergleichen. Nach der subjektiv-objektiven Theorie ist also strafbarer Versuch gegeben, wenn das in der Vorstellung des Täters gegebene begriffswesentliche Tatbestandsmerkmal, abgesehen vom Erfolge, nach allgemeinem Erfahrungswissen der vom Gesetze definierten Begriffsreihe angehört; nach der subjektiv-objektiven Theorie ist Mangel am Tatbestand gegeben, wenn das von der Vorstellung des Täters umfaßte Begriffsmerkmal, abgesehen vom Erfolge, nach allgemeinem Erfahrungswissen der vom Gesetze definierten Begriffsreihe nicht subsumiert werden kann.

Nach der subjektiv-objektiven Theorie ist straflos eine Frau, die bei Kenntnis der einfachsten Naturgesetze hätte wissen müssen, daß sie garnicht schwanger ist.[10]) Schießt der Täter in Tötungsabsicht in der Dämmerung auf einen Baumstamm, in der Meinung einen Menschen vor sich zu haben, dann ist zu prüfen, ob das in der Vorstellung des Täters gegebene Objekt nach allgemeinem Erfahrungswissen als taugliches Objekt zu qualifizieren ist; die Tauglichkeit des Objekts ist nach allgemeinem Erfahrungswissen zu bejahen, wenn das Objekt in der Realität vorhanden, in Wirklichkeit existent ist. Ist dagegen das von der Vorstellung des Täters umfaßte Objekt in der Realität nicht gegeben, dann ist dieses von der Vorstellung des Täters umfaßte Objekt auch nach allgemeinem Erfahrungswissen untaugliches Objekt für die Erfolgsbewirkung, die Tauglichkeit des in der Vorstellung des Täters gegebenen Objekts ist nach allgemeinem Erfahrungswissen zu verneinen, es liegt Mangel am Tatbestande vor.

Nach der subjektiv-objektiven Theorie kann also das von der Vorstellung des Täters umfaßte Begriffsmerkmal nach allge-

10) vgl. Begründung zum dritten Abschnitt des Entwurfes von 1925 S. 23.

meinem Erfahrungswissen nur dann der vom Gesetze definierten Begriffsreihe eingegliedert werden, wenn das in der Vorstellung des Täters gegebene Begriffsmerkmal in der Realität vorhanden, in Wirklichkeit existent ist. Denn das vom Täter umfaßte Begriffsmerkmal ist nach allgemeinem Erfahrungswissen nur dann taugliches Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinne, wenn dieses in der Vorstellung des Täters gegebene Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinne auch nach allgemeinem Erfahrungswissen taugliches Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinne ist, d. h. in der Realität vorhanden, in der Wirklichkeit existent ist. Gegen die Unterscheidung zwischen existierendem und nicht existierendem Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinne bleibt der Einwand berechtigt, daß der vom Gesetze definierten Begriffsreihe nicht eine bestimmte Species einer bestimmten Gattung, sondern jede Species einer bestimmten Gattung zuzurechnen ist. Die subjektiv-objektive Prüfung muß versagen, wenn in der Vorstellung des Täters kein bestimmtes, individuell bezeichnetes Subjekt, Objekt oder Mittel im technischen Sinne, sondern irgend eine Species des vom Gesetze begrifflich festgelegten Genus gegeben ist. Ein Räuber glaubt in der Dämmerung irgend einen ihm unbekannten Wegepassanten zu sehen und feuert auf diesen vermeintlichen Wegepassanten in Tötungsabsicht einen Schuß ab; in Wirklichkeit ist irgend ein Wegepassant als Tötungsobjekt garnicht vorhanden. In der Vorstellung des Täters ist irgend eine Species der Gattung Mensch gegeben, diese Species der Gattung Mensch ist nach allgemeinem Erfahrungswissen taugliches Objekt, so lange überhaupt noch eine Species der Gattung Mensch existiert.

Es leuchtet ein, daß bei individueller Unbestimmtheit des Objekts eine Ueberprüfung der Vorstellungswelt des Täters nach objektiven Kriterien nicht mehr möglich ist; denn nach der Vorstellung des Täters ist irgend eine Species des vom Gesetze begrifflich festgelegten Genus gegeben, und diese Species ist als taugliches Begriffsmerkmal zu qualifizieren, so lange überhaupt irgend eine Species dieses Genus in der Realität vorhanden ist. Die Tauglichkeit des begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmals ist in allen Fällen des dolus generalis (indirectus) zu bejahen, da allein die Vorstellungswelt des Täters das entscheidende Kriterium

für die Tauglichkeit des begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmals abgibt.[11])

Die subjektiv-objektive Theorie zeigt zweifellos erfreuliche Ergebnisse, da sie die letzten Konsequenzen der subjektiven und der objektiven Theorie beseitigt und den unfruchtbaren Theorienstreit zwischen subjektiver und objektiver Theorie auf eine Mittellinie vereinigt, die einer subjektiven und objektiven Betrachtungsweise Rechnung trägt. Ueber Billigung und Ablehnung einer Theorie läßt sich allerdings logisch nichts ausmachen, da jede Theorie gefühlsmäßig bedingt ist.[12])

§ 15.

Das Wahnverbrechen (Putativdelikt).

Das Wahnverbrechen oder Putativdelikt findet bei allen Theorien eine einheitliche rechtliche Würdigung.[1]) Nach dem Grundsatze nulla poena sine lege muß beim Fehlen jeder Strafsatzung Straflosigkeit eintreten.[2])

Beim Putativdelikt fehlt es schon am dolus, da der verbrecherische Wille nur bejaht werden kann, wenn der Täter den Willen hat, sich in Handlungen zu betätigen, die den gesetzlichen Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens erfüllen. In den staatlichen Strafgesetzen ist eine erschöpfende Regelung aller Verbrechen oder Vergehen durchgeführt. Soweit der Wille des Täters nicht gegen eine in einem staatlichen Strafgesetze fixierte Norm sich richtet, ist ein strafrechtlich relevanter Wille nicht gegeben;[3]) denn der Wille des Täters richtet sich beim Wahnverbrechen nicht gegen eine vom Staate gesetzte Norm, die in Wirklichkeit existiert, sondern nur gegen eine in der Idee des Täters existierende Norm, gegen ein fiktives Gesetz, das in Wirklicheit nicht existiert.[4])

---

11) vgl. Dohna Festgabe für Güterbock S. 69.
12) vgl. Frank V. D. S. 264.
1) vgl. Dohna Festgabe für Güterbock S. 41,
2) Fabian 49,
3) vgl. Kriegsmann S. 3,
4) vgl. Fabian S. 31.

Beim Wahnverbrechen fehlt es aber auch am objektiven Tatbestand und an der Strafdrohung, da eine Norm, gegen die der Täter zu verstoßen glaubt, überhaupt nicht existiert.

Das Putativdelikt ist also nach der subjektiven und nach der objektiven Seite hin rechtlich völlig irrelevant, da eine staatliche Norm, die eine irrtümlich verbotene Handlung eines irrtümlich verbrecherischen Willens untersagt, nicht existiert.[5]) Soweit aber eine Norm nicht existiert, ist ein Verstoß gegen die Norm nicht möglich.

Zum Wahnverbrechen im technischen Sinne sind nur jene Fälle zu rechnen, in denen der Täter gegen eine in Wahrheit nicht existierende Norm zu verstoßen glaubt.[6]) Dazu gehören auch jene Handlungen, die der Täter irrtümlich für verboten hält, deren Vornahme dem Täter aber objektiv erlaubt ist, die also eine Ausnahme von der generellen Norm enthält. [7])

Nach der herrschenden Meinung wird dem Wahnverbrechen ein error juris, dem Mangel am Tatbestande und dem untauglichen Versuche ein error facti zugeschrieben. Beim Wahnverbrechen irrt der Täter über die rechtliche Qualifikation seiner Handlung, d. h. er setzt irrtümlich eine staatliche Norm voraus, wo eine solche nicht besteht. Beim untauglichen Versuche und beim Mangel am Tatbestande aber befindet sich der Täter nicht in einem Irrtum über die staatliche Norm, da sein Wille in der Tat darauf gerichtet ist, gegen die staatliche Norm zu verstoßen; der verbrecherische Wille ist also zu bejahen. Dagegen befindet sich der Täter hinsichtlich seiner Handlung, bezw. der ihn umgebenden Außenwelt in einem Irrtum, d. h. er beurteilt die tatsächlichen Verhältnisse anders, als sie in Wirklichkeit bestehen, der Täter ist in einem Irrtum über die tatsächlichen Verhältnisse befangen.[8])

Beim Wahnverbrechen existiert also nur in der Vorstellung des Täters eine strafrechtliche Norm, in Wirklichkeit ist aber eine

5) Kohler S. 15, Delaquis S. 119, Kriegsmann S. 2.
6) A. A. Binding GS 85 S. 224, der das Wahnverbrechen im technischen Sinne, den untauglichen Versuch und den Mangel am Tatbestand unter dem Begriff des Wahnverbrechens zusammenfaßt.
7) Binding GS 85 S. 194, Kohn S. 2,
8) vgl. Kriegsmann S. 50, Landmann S. 16, Häberlin GS 24 S. 276.

staatliche Norm nicht gegeben, sodaß jede Handlung des Täters gegen die irrtümlich bestehende Norm außerhalb des strafrechtlichen Rahmens fällt.[9])

§ 16.

Ergebnis des Theorienstreites.

Die Hoffnung des Gesetzgebers, daß die Wissenschaft in der Frage des untauglichen Versuchs zu einer Einigung kommen werde, hat sich als trügerisch erwiesen; diese Hoffnung mußte sich als trügerisch erweisen, da eine Frage, über die in der Wissenschaft ganz grundverschiedene Meinungen bestehen, einer wissenschaftlichen Lösung garnicht fähig ist. Die Aufgabe des Gesetzgebers läßt sich nicht auf die Wissenschaft übertragen, da die Wissenschaft nur die Probleme aufzeigen und beleuchten, keineswegs aber eine Entscheidung in einer strittigen Frage geben kann.

Im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung, die auf dem Grundsatze nulla poena sine lege aufgebaut ist, ist eine gesetzgeberische Lösung nicht mehr zu umgehen.[1]) [2])

---

9) Geyer GS 18 S. 68,

1) vgl. Cohn S. 5, Geyer GS 18 S. 43, Landmann S. 53, Frank V. D. S. 263,

2) Für den Gesetzgeber bleibt bei einer Frage, deren Lösung gefühlsmäßig bedingt ist, in dem Theorienstreite nur ein Mittelweg übrig. Bei der grundsätzlichen Billigung der objektiven Theorie läßt sich für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung etwa folgende Formulierung vertreten:

Wer mit dem Vorsatze, ein Verbrechen oder Vergehen zu vollenden, eine Handlung betätigt welche unmittelbar der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens dient und nach allgemeiner Erfahrung geeignet ist, einen Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens zu bilden (Ausführungshandlung), wird wegen Versuchs bestraft.

Ist die Vollendung eines Verbrechens oder Vergehens unter keinen Umständen möglich, weil der Täter seine Handlung irrtümlich als Ausführungshandlung hält, oder die zum Tatbestand gehörigen Begriffsmerkmale, abgesehen vom Erfolge, irrtümlich als vorhanden annimmt, dann ist auf Geld oder Haftstrafe zu erkennen.

C. Der untaugliche Versuch nach den Entwürfen.

I. Der untaugliche Versuch nach den deutschen Entwürfen.

§ 17.

1. Der untaugliche Versuch nach dem Vorentwurf 1909.

Die alte Streitfrage über den untauglichen Versuch findet im VE 1909 keine Lösung.[1]) Obwohl die Begründung zum VE 1909 eine Entscheidung der Frage als unbedingt notwendig erachtet,[2]) da die Frage des untauglichen Versuchs nicht durch die Wissenschaft, sondern durch den Gesetzgeber zu lösen ist,[3]) läßt der VE 1909 die wichtige Frage der Lösung des untauglichen Versuchs unbeantwortet. Die Begründung zum Vorentwurf muß anerkennen, daß sich sowohl für die subjektive wie für die objektive Theorie gute Gründe geltend machen und schwerwiegende Ausstellungen erheben lassen (S. 288); damit hat aber die Begründung nur der schwierigen Aufgabe des Gesetzgebers Erwähnung getan. Der VE 1909 selbst trifft keine Entscheidung der Frage des untauglichen Versuchs; im VE 1909 ist weder die subjektive noch die objektive noch die subjektiv-objektive Theorie begründet.[4]) Die Motive, die sich mehrfach widersprechen, vermögen die Lücke im Gesetze nicht auszufüllen.[5])

Die Begründung des VE will der Praxis die subjektive Theorie nahelegen; eine bindende Gesetzesauslegung kann jedoch der Begründung nicht eingeräumt werden.[6]) Der Gesetzgeber hat es in der Hand, durch klare Fassung des Gesetzestextes die eine oder andere Theorie zur gesetzlichen Anerkennung zu bringen.

---

1) Gl. M. Mayer, Reform des Reichsstrafgesetzbuches S. 338.
2) Begründung zum VE 1909 S. 285.
3) Begründung zum VE 1909 S. 288.
4) Gl. M. Finger Festschrift S. 324, Schoetensack Festschrift S. 409, Landmann S. 53/54,
5) Gl. M. Liszt Z 30 S. 271.
6) Gl. M. Liszt Z 30 S. 271, Mayer Reform des Strafgesetzbuches S. 338.

Der Gesetzgeber ist auch nicht gezwungen, die letzten Konsequenzen einer Theorie zu ziehen; dem Gesetzgeber steht es frei, gewisse Konsequenzen einer Theorie abzuschneiden, allerdings durch ausdrückliche Erklärung. So lange aber der Gesetzgeber jede klare und eindeutige Stellungnahme vermeidet, ist jede theoretisch mögliche Auslegung des Gesetzes zulässig.

Die Motive zum VE halten daran fest, daß der subjektiven und objektiven Seite gleiche rechtliche Bedeutung zukomme;[7]) die Motive bezeichnen das Verbrechen oder Vergehen als zusammengesetzt aus der objektiven Rechtsverletzung und der subjektiven Schuld. Die subjektive und die objektive Seite wird aber nur von der objektiven Theorie gleichmäßig gewürdigt; denn die objektive Theorie sieht in dem äußeren Geschehen nicht allein eine Betätigung des verbrecherischen Willens, sondern dieses objektive Geschehnis muß eine bestimmte Beschaffenheit tragen, die Handlung muß für die Erfolgsbewirkung generell geeignet sein. Die subjektive Theorie dagegen erblickt im objektiven Geschehen nur eine Objektivierung des verbrecherischen Willens, ihr muß es genügen, daß sich der verbrecherische Wille in der Außenwelt betätigt hat, ganz gleichgültig, in welcher Art; dem objektiven Geschehen kommt dabei eine selbstständige Bedeutung nicht zu, da das objektive Geschehen keine bestimmte Beschaffenheit tragen muß; denn das Wesen des strafbaren Versuchs ist nach der subjektiven Theorie allein im verbrecherischen Willen gelegen. Will der VE der subjektiven und der objektiven Seite beim Versuchsbegriff gleiche rechtliche Bedeutung beilegen, dann bleibt für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs nur die objektive Theorie übrig. Ganz im Widerspruche zu den Ausführungen der Motive, daß der subjektiven und der objektiven Seite gleiche rechtliche Bedeutung zukomme, wollen die Motive des VE 1909 sich zur subjektiven Theorie bekennen. (S. 289.)

Die subjektive Theorie ist gezwungen, die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen ganz besonders zu betonen, da die konsequent durchgeführte subjektive Theorie die Vorbereitungshandlungen als Betätigungen eines verbrecherischen Willens der Versuchsstrafe unterstellen muß;[8]) denn jede Vorbereitungshandlung enthält

7) Begründung zum VE 1909 S. 316.
8) Gl. M. Hoegel in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung Bd. 75 S. 229.

bereits eine Objektivierung des verbrecherischen Willens. Wenn aber jemand der Versuchsstrafe verfallen ist, sobald nur für seinen verbrecherischen Willen Beweis erbracht ist, dann läßt sich eine Ausnahme nicht rechtfertigen.

Irrig geht die Begründung des VE, daß nur die Ausführungshandlung den verbrecherischen Willen mit Deutlichkeit und Sicherheit erkennen lasse (S. 283), daß nur die Ausführungshandlung eine Gefährdung der durch die Rechtsordnung geschützten Rechtsgüter, d. h. der rechtlich geschützten Lebensinteressen darstelle. Wenn es nach der subjektiven Theorie genügen kann, daß der verbrecherische Wille erkennbar an die Außenwelt trete, dann muß jede Erkennbarkeit dieses verbrecherischen Willens genügen.[9]) Die Ernstlichkeit eines verbrecherischen Willens kann bereits in einer Vorbereitungshandlung, ja sogar durch Selbstverrat offenbar werden ; eine Gefährdung der durch die Rechtsordnung geschützten Rechtsgüter tritt aber nicht durch jede Ausführungshandlung ein, sondern nur durch solche, die nach allgemeiner Erfahrung die generelle Eignung für die Erfolgsbewirkung besitzen, nicht durch ein völlig harmloses, objektiv nichtiges Tun, das für die Erfolgsbewirkung ungeeignet ist.

Nach der Begründung des Vorentwurfes ergibt sich die Beantwortung der Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen aus dem Wesen des Versuchs.[10]) Diese Ansicht ist jedoch völlig irrig ; denn das Wesen des Versuchs kann nur aus dem Gesetze entnommen werden. Wenn aber das Gesetz keine begriffliche Grenze gibt, dann ist eben das Wesen des Versuchs nicht genügend charakterisiert. Gerade die Unklarheit im Gesetze führt zu grundverschiedener Auffassung vom Wesen des Versuchs ; würde über das Wesen des Versuchs eine einheitliche Auffassung bestehen, dann würde es garnicht nötig sein, auf das Wesen des Versuchs zu rekurrieren ; ebenso ist die Begründung des VE verfehlt, wenn sie für die Billigung der subjektiven Theorie auf das allgemeine Rechtsgefühl zurückgreifen will,[11]) da ein solches einer wissenschaftlichen Prüfung unzugänglich ist. Ein solches allgemeines Rechtsgefühl besteht nur in der Fantasie derer die einer Theorie die gesetzliche Anerkennung verschaffen wollen ;

9) vgl. Lilienthal Z 30 S. 226.
10) Begründung zum VE S. 284.
11) Begründung zum VE S. 288.

das allgemeine Rechtsgefühl in einer solch strittigen Frage muß aber ausscheiden, solange nicht die Grundlagen dieses allgemeinen Rechtsgefühls nachgewiesen sind.[12])

Der VE verlangt als Ausführungshandlung eine Handlung, welche einen Beginn der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens enthält, ob aber die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen nach der Vorstellung des Täters oder nach allgemeinem Erfahrungswissen durchzuführen ist, kann aus der Definition des § 75 VE nicht entnommen werden, da der Vorentwurf die Person nicht angibt, von deren Standpunkt aus die Handlung ihre rechtliche Beurteilung findet.[13]) Auch die Begründung zum VE läßt unentschieden, ob die Angrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen im subjektiven oder im objektiven Sinne zu verstehen ist.[14]) Wenn sich aber die Begründung des VE zur subjektiven Theorie bekennt, dann muß die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen auch nach subjektiven Kriterien erfolgen. Theoretisch wird eine subjektive Grenze ganz verschiedene Resultate zeigen und in der Praxis an der Beweisfrage scheitern.[15])

Irre geht die Begründung zum VE,[16]) daß das Reichsgericht die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen nach subjektiven Kriterien durchführe. Eine Abgrenzung nach subjektiven Gesichtspunkten entspräche allerdings dem Prinzip der subjektiven Theorie, das Reichsgericht hat jedoch die Angrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen grundsätzlich nach objektiven Gesichtspunkten vorgenommen.[17])

Trotz des Gegensatzes zwischen subjektiver und objektiver Theorie ist die Praxis in der Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen bisher zu befriedigenden Ergebnissen gelangt; daß aber diese einheitliche Abgrenzung nur der objektiven Theorie zu verdanken ist, leuchtet ohne weiteres ein; denn nur die objektive Theorie vermag eine annähernd

12) vgl. Schoetensack Festschrift S. 406.
13) vgl. Finger Festschrift S. 323.
14) Begründung zum VE S. 2[94].
15) vgl. Liszt Z 30 S. 272: Die subjektive Theorie liefert in den wichtigsten Fragen unpraktische Ergebnisse.
16) Begründung zum VE S. 285.
17) Gl. M. Frank VD S. 183. Schmidt-Liszt S. 304.

einheitliche Grenze zu geben, nicht aber die subjektive Theorie, die je nach der Vorstellung des Täters zu ganz verschiedenen Ergebnissen führen muß. Für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen bietet die objektive Theorie zwar keine scharfe begriffliche, aber immerhin eine für die Praxis bewährte und ausreichende Grenze.

Die Frage der Abgrenzung der Vorbereitungshandlungen von den Ausführungshandlungen ist von der Frage der Abgrenzung zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen scharf zu scheiden. Wenn auch jede Frage je nach der theoretischen Grundlage nach dem gleichen Prinzip zu entscheiden ist, so enthält doch jede Frage ganz verschiedene Probleme. Eine verschiedene Behandlung der beiden Fragen de lege ferenda ist möglich und durchführbar, wenn auch eine verschiedene Behandlung der beiden Fragen nicht im logischen Aufbau einer Theorie begründet ist.[18])

Nach der Begründung zum VE will der VE durch den Begriff „Beginn der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens" ebenso wie das geltende Recht durch den Begriff „Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens" nur die Vorbereitungshandlungen von den Ausführungshandlungen abgrenzen, allerdings ohne anzugeben, welche Kriterien für die Abgrenzung entscheidend sind, keineswegs aber eine Bestimmung bezüglich der Beschaffenheit der Ausführungshandlung selbst treffen. [19]) Die subjektive Theorie aber läßt eine Diskussion über die Beschaffenheit der Ausführungshandlung garnicht zu; denn nach der subjektiven Theorie ist jede Betätigung eines verbrecherischen Willens, die die Grenze der straflosen Vorbereitungshandlung überschritten hat und den Erfolg, ganz gleichgültig aus welchen Gründen, nicht herbeigeführt hat, der Versuchsstrafe unterworfen. Aus der Konsequenz der subjektiven Theorie ergibt sich ohne weiteres die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande. Wenn sich die Begründung des VE zur subjektiven Theorie bekennen will, dann muß sie auch die aus der subjektiven Theorie sich ergebenden Konsequenzen ziehen. Die Begründung zum VE räumt allerdings ein, daß die Eingliederung der Fälle des Mangels am Tatbestand in das Versuchsgebiet der konsequent

18) vgl Schoetensack Festschrift S. 410
19) Begründung zum VE S. 282

durchgeführten subjektiven Theorie entspricht: gleichzeitig aber will der Vorentwurf wieder besonders leichte Fälle aus dem Versuchsgebiete herausnehmen, bezw. in besonders leichten Fällen eine besonders milde Strafe eintreten lassen. Nach § 83 Abs. 2 liegt ein besonders leichter Fall vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar ist. In allen Fällen des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande ist allerdings die objektive Seite völlig bedeutungslos; aus der Bedeutungslosigkeit der Tat kann aber nicht auf die Bedeutungslosigkeit eines verbrecherischen Willens geschlossen werden. Gerade die subjektive Theorie bezeichnet jedes objektive Geschehen für rechtlich irrelevant; wenn aber das objektive Geschehen rechtlich irrelevant ist, dann muß konsequent jedes objektive Geschehen rechtlich irrelevant sein. In den Fällen also, in denen die subjektive Theorie Straflosigkeit eintreten lassen will, ist eine Ausscheidung solcher Fälle aus dem Versuchsgebiete nicht möglich, da der verbrecherische Wille in allen Fällen vorhanden, und in derselben Stärke und Intensität gegeben ist. Die subjektive Theorie, die beim Versuche das ausschlaggebende Moment auf die subjektive Seite verlegt, und das objektive Geschehen rechtlich für irrelevant erklärt, lediglich als Beweismittel für den verbrecherischen Willen gelten läßt, kann naturnotwendig einen Unterschied in der Objektivität nicht feststellen. Eine Ausscheidung gewisser Fälle nach objektiven Kriterien ist unmöglich, da jedes objektive Geschehen rechtlich irrelevant ist. Entweder ist die Handlung in allen Fällen rechtlich relevant, rechtlich von einer bestimmten Beschaffenheit um als Ausführungshandlung in Betracht zu kommen oder sie ist in allen Fällen irrelevant. Wenn der VE wirklich der subjektiven Theorie folgen will, dann kann er auch nicht die rechtswidrigen Folgen der Tat als unbedeutend qualifizieren, da ja nach der subjektiven Theorie die objektive Seite rechtlich irrelevant ist. Bei der rechtlichen Bedeutungslosigkeit der Handlung kann aber ein Unterschied in der Objektivität nicht gefunden werden.[20])

Daraus ergibt sich, daß in den Fällen des abergläubischen Versuchs nicht notwendig ein besonders leichter Fall anzunehmen

---

20) vgl. Mayer Reform des Strafrechts S. 342, Birkmeyer 2. Beitrag S. 53,

ist; denn der verbrecherische Wille muß beim abergläubischen Versuche nicht geringer sein als in allen anderen Fällen des untauglichen Versuchs. Eine rechtliche Verschiedenheit des verbrecherischen Willens ist beim vollendeten Delikt, beim tauglichen und untauglichen Versuch und beim Mangel am Tatbestande nicht festzustellen. Der Streit zwischen subjektiver und objektiver Theorie liegt ja keineswegs auf subjektivem, sondern auf objektivem Felde; es ist deshalb abwegig, den Streit auf objektivem Felde in das subjektive Gebiet zu übertragen.

Nach dem Vorentwurfe §§ 76, 83 darf der Richter in besonders leichten Fällen die Strafe mildern, oder ganz von Strafe absehen, d. h. der Richter darf bis zum gesetzlich zulässigen Mindestmaß der Strafart herabgehen, auf eine mildere Art der Freiheitsstrafe erkennen, ausnahmsweise von Strafe ganz absehen.[21]) Die nach unten gesetzten Schranken der Strafzumessung werden aufgehoben, der Gesetzgeber will es dem Richter nach freiem Ermessen überlassen, ob er eine hohe oder niedrige Strafe oder eine andere Strafart anwenden oder ganz von Strafe absehen will. Es darf daher nicht verwundern, wenn die gleiche Sachlage je nach der Einstellung des Täters eine ganz verschiedene Beurteilung erfährt.[22]) Wenn nach der subjektiven Theorie die Objektivität rechtlich irrelevant und nur der verbrecherische Wille strafrechtlich entscheidend ist, dann muß naturnotwendig für den Versuch und die Vollendung die gleiche Strafdrohung aufgestellt werden. Nach der subjektiven Theorie läßt sich eine verschiedene Behandlung vom versuchten und vollendeten Delikt nicht mehr rechtfertigen.[23])

Die begriffliche Definition des § 75 VE steht der Annahme der subjektiven Theorie nicht entgegen, ebensowenig der Annahme der objektiven Theorie, da aus dieser Definition weder eine Grundlage für die subjektive noch für die objektive Theorie zu gewinnen ist[24]). Wenn aber nach der Begründung des Vorentwurfes der Vorentwurf sich zur subjektiven Theorie bekennt und aus der subjektiven Theorie für die Frage der Strafbarkeit des untauglichen

21) vgl. Lilienthal Z 30 S. 226
22) vgl. Landmann S. 57/58; Hoegel S. 233, Schoetensack Festschrift S. 423, 424,
23) Finger Festschrift 325, Birkmeyer 1. Beitrag S. 34.
24) vgl. Liszt Z 30 S. 271, Mayer Reform des Strafgesetzbuches S. 338

Versuchs nichts gewonnen werden kann, dann bekennt sich der Entwurf zu gar keiner Theorie. Deshalb bringt der Entwurf gegenüber dem geltenden Rechte keine Fortschritte, wie ja die Begründung zum VE auch die völlige Übereinstimmung zwischen geltendem Gesetz und Vorentwurf zum Ausdruck bringt.[25])

§ 18.

2. Der untaugliche Versuch nach dem Gegenentwurf 1911. (GE §§ 27, 29)

Der Gegenentwurf von 1911, der in dem Theorienstreite zwischen subjektiver und objektiver Theorie eine vermittelnde Stellung einimmt, ist grundsätzlich zu billigen. Aus § 27 GE ist nicht zu erkennen, ob sich der Entwurf für die Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung der subjektiven oder objektiven Theorie anschließen will Für die Praxis bleibt für die Abgrenzug zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen grundsätzlich nur die objektive Theorie übrig, da eine Abgrenzung nach subjektiven Kriterien in der Praxis an der Beweisfrage scheitern muß. Wenn auch die Praxis trotz des Gegensatzes zwischen subjektiver und objektiver Theorie bei der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen grundsätzlich zu einheitlichen Ergebnissen gelangt, so ist doch dem Gesetzgeber, der für die Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen einen objektiven Maßstab entscheiden lassen will, auch eine klare und eindeutige Fassung im Gesetze selbst zu empfehlen.

Für die Frage der Lösung des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande entscheidet sich der Gegenentwurf im § 29 für die subjektiv-objektive Theorie : Der Versuch bleibt straflos, wenn der Täter die Ausführung unter Umständen, welche die Ausführung als ausgeschlossen erscheinen ließen, in Kenntnis dieser Umstände vorgenommen hat. Aus dem Versuchsgebiete scheiden damit die Fälle des nomologichen Irrtums aus, d. h.

25) Begründung zum VE S. 284

jene Fälle, in denen der Täter die die Ausführungshandlung begleitenden Umstände, d. h. die Beschaffenheit der Ausführungshandlung genau kennt, und dieser so gearteten Ausführungshandlung, welche von Anfang an ein Unmöglichkeitsurteil gestattet, eine Wirkung zuschreibt, die dieser Handlung nach allgemeiner Erfahrung, nach der Regel des Lebens abzusprechen ist. Es findet also eine Ueberprüfung des Tatsachenwissens des Täters statt, und je nach dem Ausfall dieser Prüfung liegt der Untauglichkeit der Ausführungshandlung ein nomologischer oder ontologischer Irrtum zugrunde. Ein nomologischer Irrtum ist nur dann gegeben, wenn das Vorstellungsbild des Täters bezüglich der Ausführungshandlung identisch ist mit dem Tatbild der tatsächlich durchgeführten Ausführungshandlung, wenn die nach der Vorstellung des Täters durchgeführte Handlung von vorn herein ein Unmöglichkeitsurteil notwendig macht.

Nach der Begründung des Gegenentwurfes ist die Anwendung des § 29 gegeben, wenn der Täter das von ihm gebrauchte Mittel genau kennt, sich aber in einem Irrtum über dessen Brauchbarkeit befindet.[1]) Das gebrauchte Mittel, das mit dem in der Vorstellung des Täters gegebenen Mittel identisch ist, muß derart sein, daß es nach vernünftigem Ermessen den vom Täter gewollten Erfolg nicht herbeiführen kann.[2])

Allerdings spielt der Begriff des Mittels beim nomologischen Irrtum nicht die entscheidende Rolle, da es vor allem auf die Anwendung des Mittels, auf die Rolle des Mittels in der ganzen verbrecherischen Tätigkeit ankommt; man wird also besser definieren, wenn man beim Täter die Kenntnis aller tatsächlichen Umstände, aller vom Täter gesetzten Bedingungen untersucht, ob die vom Täter gesetzten Bedingungen von Anfang an den Erfolgseintritt als ausgeschlossen erscheinen lassen.

Die Unmöglichkeit des Erfolgeintritts von einem Standpunkt ex ante kann nicht allein auf die Untauglichkeit der Ausführungshandlung, sondern auch auf das Fehlen eines begriffswesentlichen Tatbestandsmerkmals, abgesehen vom Erfolge zu-

1) Begründung zum GE S. 43
2) Landmann S. 62

rückzuführen sein. Nimmt der Täter irgend ein begriffswesentliches Tatbestandsmerkmal, abgesehen vom Erfolge, irrtümlich als vorhanden an, und ist dieses in der Vorstellung des Täters gegebene Tatbestandsmerkmal nach allgemeinem Erfahrungswissen für die Erfolgsbewirkung als untauglich anzusehen, dann liegt ein nomologischer Irrtum vor, es ist nach der subjektiv-objektiven Theorie ein strafrechtlich irrelevanter Vorgang gegeben. Nach der Fassung des § 29 GE ist straflos eine Frau, die bei Kenntnis der einfachsten Naturgesetze hätte wissen müssen, daß sie garnicht schwanger ist.

Irre geht die Begründung des Gegenentwurfes, (S. 43) wenn sie in Fällen des § 29 den Beweis eines ernsten verbrecherischen Willens als nicht erbracht ansieht;[3]) denn einmal wäre bei Fehlen eines ernsten verbrecherischen Willens § 29 GE vollständig überflüssig, da bei Fehlen der subjektiven Seite, des dolus, nach jeder Theorie Straflosigkeit eintreten muß. Gerade die Aufnahme des § 29 im Gegenentwurf will eine Ausnahme von der Regel festlegen, muß also indirekt den verbrecherischen Willen und die Betätigung des verbrecherischen Willens in der Außenwelt zugeben, welche Voraussetzungen nach der subjektiven Theorie für den Versuchsbegriff genügen. Es ist aber auch nicht einzusehen, warum in den Fällen des nomologischen Irrtums der ernste verbrecherische Wille zu verneinen, in den Fällen des ontologischen Irrtums der verbrecherische Wille zu bejahen ist. Will man den verbrecherischen Willen im einen Falle verneinen, im andern Falle bejahen, dann ist man gezwungen, bei allen Menschen gleiche Verstandes- und und Geisteskräfte vorauszusetzen. Wenn aber die Einsicht der Menschen in die Natur und in die Kräfte der Natur keineswegs die gleiche ist, dann ist es nicht gerechtfertigt, bei Fällen exorbitanter Dummheit den verbrecherischen Willen zu verneinen, und den verbrecherischen Willen in den Fällen des normalen Erfahrungswissens zu bejahen. Nach der subjektiv-objektiven Theorie hängt die Strafbarkeit im Einzelfalle von der größeren oder geringeren Einsicht des Täters in die Kausalzusammenhänge ab. Die subjetiv-objektive Theorie kann jedenfalls nicht erklären, warum Fälle exorbitanter Dummheit eine größere Berücksichtigung finden, als

3) Gl. M. Landmann S. 62

Fälle normaler Unerfahrenheit und Unwissenheit. Mögen die Fälle des nomologischen Irrtums heute auch nicht mehr häufig sein, eine Begründung für die Straflosiassung der Fälle des nomologischen Irrtums kann nicht gegeben werden.

§ 19.

3. Der untaugliche Versuch nach dem Entwurfe der Strafrechtskommission 1913 und dem Entwurfe 1919. (KE 13 §§ 29, 30, 31; E 19 §§ 23, 24, 25)

Für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs ist im E 19 die subjektive Theorie anerkannt; der untaugliche Versuch ist grundsätzlich strafbar. Nach der Begründung des Entwurfs 19, der für die Lösung des Frage des untauglichen Versuchs fast wörtlich mit dem KE 13 übereinstimmt, (KE 13 § 30 Abs. 2 und E 19 § 24 Abs. 2)[1]) schlägt der Entwurf 19 einen Mittelweg ein. Der Richter ist ermächtigt, die Strafe beim untauglichen Versuch nach freiem Ermessen zu mildern, d. h. noch mehr zu mildern, als es schon prinzipiell durch § 24 Abs. 1 für den Versuch vorgeschrieben ist, oder, wenn nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten ist, von Strafe ganz abzusehen.[2])

Bei der grundsätzlichen Anerkennung der subjektiven Theorie in Entwurf 19 muß die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen nach subjektiven Kriterien erfolgen,[3]) d. h. jede Handlung, die nach der Vorstellung des Täters als Ausführungshandlung zu qualifizieren ist, ist auf der objektiven Seite genügend. Wenn also der Täter irgend eine beliebig geartete Handlung vornimmt, die nach seiner Ansicht bereits das Stadium der Vorbereitung überschritten hat, ist er grundsätzlich der Versuchsstrafe verfallen. Wenn für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen grundsätzlich die Vorstellung des Täters entscheidet, dann muß die Vorstellung des Täters notwendig immer für die Grenzziehung entscheidend sein. Es entspricht nur der logischen Konsequenz der subjektiven Theorie, daß je nach der Vorstellung des Täters eine Ausführungshandlung gegeben ist,

1) KE 13 will in § 30 Abs. 2 den Begriff des untauglichen Versuchs ganz besonders scharf fassen; durch die Definition „unter keinen Umständen" ist nur die Abgrenzung vom tauglichen Versuch, der in concreto den Erfolg nicht herbeiführt, gekennzeichnet.
2) vgl. Beling Methodik S. 156,
3) Gl. M. Gerland S. 39.

die nach der objektiven Theorie noch als Vorbereitungshandlung zu qualifizieren ist, und umgekehrt eine Handlung je nach der Vorstellung des Täters noch als Vorbereitungshandlung anzusehen ist, die nach der objektiven Theorie bereits den Ausführungshandlungen zuzurechnen ist.

Irre geht die Begründung des Entwurfs, wenn sie für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen dieselbe Grenzlinie gelten lassen will, wie im geltenden Recht;[4]) denn das geltende Recht entscheidet sich für keine Theorie. Je nach der theoretischen Grundlage muß die Grenze ganz verschieden ausfallen. Das Reichsgericht nimmt die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen grundsätzlich nach objektiven Kriterien vor, wenn es auch in neueren Entscheidungen eine Annäherung an die subjektive Theorie vollzieht.[5]) Eine Berufung auf das geltende Recht muß also versagen, da weder Theorie noch Praxis zu einheitlichen Ergebnissen gelangt sind.

Die subjektive Theorie kann einen Unterschied zwischen tauglichem und untauglichem Versuch einerseits und zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand andererseits nicht mehr konstruieren, da jede Betätigung des verbrecherischen Willens, die nach der Vorstellung des Täters einen Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens darstellt, der Versuchsstrafe verfallen ist.[6]) Bei der grundsätzlichen Anerkennung der subjektiven Theorie im E 19 sind der taugliche und untaugliche Versuch und der Mangel am Tatbestand dem Versuchsbegriff zu subsumieren;[7]) es ist der Begründung des Entwurfs 19 (S. 39) beizustimmen, wenn sie grundsätzlich jeden Versuch, auch den untauglichen Versuch für strafbar erklärt. Wenn nach der subjektiven Theorie in der Realität ein rechtlich relevanter Unterschied nicht zu konstruieren ist, dann muß konsequent jedes objektive Geschehen rechtlich irrelevant sein. Ganz im Widerspruche zu der grundsätzlichen Anerkennung der subjektiven Theorie trifft der E 19 in § 24 Abs. 2 für den untauglichen Versuch eine Sonderregelung. Eine Abgrenzung des tauglichen Versuchs vom untauglichen Versuche kann aber nur die objektive

4) Denkschrift zum Entwurf 19 S. 39.
5) E 53, 218: „Unter Umständen kann schon die bloße Ermöglichung einer Ausführungshandlung zur Ausführungshandlung gerechnet werden".
6) vgl. Beling Methodik S. 156.
7) Gl. M. Gerland S. 37.

Theorie geben; denn nur die objektive Theorie unterscheidet zwischen tauglichen Ausführungshandlungen, die den Eintritt des Erfolges als möglich erscheinen lassen, und untauglichen Ausführungshandlungen, die von vornherein den Eintritt des Erfolges ausschließen. In § 24 Abs. 2 ist ausdrücklich die objektive Theorie anerkannt, d. h. die Berechtigung einer Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Handlungen einerseits und zwischen Versuch und Mangel am Tatbestande andererseits, wenn auch der Entwurf 19 die aus der objektiven Theorie sich ergebenden Konsequenzen nicht zieht und den untauglichen Versuch und den Mangel am Tatbestande aus dem Versuchsgebiete herausnimmt.

Gerade nach dem E 19 ist die nach der subjektiven Theorie zweifelhafte und unfruchtbare Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichem Versuch notwendig geworden; denn die Fälle des relativ untauglichen Versuchs werden unter dem Begriff des tauglichen Versuchs, die Fälle des absolut untauglichen Versuchs unter dem Begriff des untauglichen Versuchs zusammen gefaßt. Der E 19 trifft in § 24 Abs. 2 eine Sonderregelung für den untauglichen Versuch; die Anwendung des § 24 Abs. 2 setzt aber voraus, daß im Einzelfalle die Frage des untauglichen Versuchs feststeht. Es hat im Einzelfalle der Richter zu prüfen, ob eine taugliche oder untaugliche Ausführungshandlung gegeben ist, bezw. ob Versuch oder Mangel am Tatbestand vorliegt, und erst das Vorliegen einer untauglichen Ausführungshandlung oder eines Mangels am Tatbestande begründet die Anwendung des § 24 Abs. 2. Der Richter ist im Einzelfalle also keineswegs der Prüfung der Frage, ob tauglicher oder untauglicher Versuch oder Mangel am Tatbestand gegeben ist, enthoben, wenn er sich für die Anwendung des § 24 Abs. 2 entscheiden will. Gerade nach dem E 19 ist für die Anwendung des § 24 Abs. 2 die Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichem Versuch notwendig geworden.[8])

Es steht im freien Ermessen des Richters, die Strafe beim untauglichen Versuch oder Mangel am Tatbestand zu mildern, d. h. noch weiter zu mildern, als es prinzipiell durch § 24 Abs. 2 für den Versuch vorgeschrieben ist; der Richter ist aber nicht verpflichtet, die Strafe zu mildern. Es ist klar, daß eine solche Lösung der Frage

8) Gl. M. Gerland S. 40

des untauglichen Versuchs zu ganz verschiedener Bestrafung führen kann; denn es bedeutet einen Unterschied, ob der Richter ein gesetzliches Mindestmaß festlegen muß, oder ob er auf die niedrigste zulässige Strafgröße herabgehen kann. Der Entwurf 19 will aber das Ermessen des Richters sogar so weit ausdehnen, daß der Richter in Fällen, in denen eine Bestrafung nicht geboten ist, ganz von Strafe absehen kann. Der E 19 läßt jedes Kriterium für das Vorliegen besonderer Umstände vermissen; die Begründung zum E 19 hebt ausdrücklich hervor, daß dem Richter das Recht der Strafmilderung, bezw. das Recht von Strafe abzusehen in allen Fällen des untauglichen Versuchs eingeräumt ist. Wenn aber der Richter in allen Fällen des untauglichen Versuchs von Strafe absehen kann, dann ist die Regelung der ganzen Materie der Willkür des Richters anheim gegeben.[9]) Für die Frage des untauglichen Versuchs sind dem Richter nach dem E 19 drei Möglichkeiten gegeben; der Richter kann die normale Versuchsstrafe eintreten lassen, er kann die Strafe mildern, d. h. auf das gesetzlich zulässige Mindestmaß herabgehen, er kann endlich ganz von Strafe absehen. Für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs dem Richter aber drei Möglichkeiten an die Hand zu geben, bedeutet eine reine Willkür. Dem Gesetzgeber steht es allerdings frei, für den untauglichen Versuch die normale Versuchsstrafe festzusetzen oder Strafmilderung oder Straffreiheit; für eine grundsätzliche Entscheidung kann aber nur ein Weg durch den Gesetzgeber dem Richter gegeben werden, nicht drei völlig verschiedene Wege, die je nach der Einstellung des Richters bei dem gleichen objektiven Geschehnis zu völlig verschiedenen Ergebnissen führen müssen.[10]) Für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs dem Richter drei verschiedene Wege zu eröffnen, ohne genau anzugeben, welcher Weg im einzelnen Fall zu beschreiten ist, bedeutet eine gesetzgeberische Inkonsequenz und eine Abwälzung der Aufgabe des Gesetzgebers auf den Richter.[11]) Der E 19 ist deshalb in dieser Lösung unhaltbar; entweder wird das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs der normalen Versuchsstrafe unterstellt, oder für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs Strafmilderung unter

9) vgl. Beling Methodik S. 156, Hippel Z 42 S. 527.
10) Gl. M. Hippel Z 42 S. 527.
11) Gl. M. Gerland S. 41.

Beseitigung der Grenze nach unten vorgeschrieben, oder für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs Straffreiheit festgelegt. In der vorliegenden Form des E 19 kann die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs nicht gebilligt werden, wenn grundsätzlich eine einheitliche Rechtsprechung erzielt werden soll.

Es leuchtet ein, daß beim untauglichen Versuche die Handlung den Erfolg nicht herbeiführt, da ein objektiv nichtiges Geschehen eine strafrechtlich bedeutsame Veränderung nicht hervorrufen kann. Wenn aber ein objektiv nichtiges Geschehen eine strafrechtlich relevante Veränderung nicht erzeugen kann, dann ist auch keine Handlung notwendig, um ein objektiv nichtiges Geschehen zu vernichten. Nach dem E 19 soll sich der Täter, so lange er die objektive Harmlosigkeit seiner Handlung nicht erkannt hat, Straffreiheit sichern können, wenn er sich nur ernstlich bemüht, den Erfolg abzuwenden. Nach dem E 19 § 25 Abs. 2 S. 2 tritt für den Täter Straffreiheit ein, wenn der Täter, der in Tötungsabsicht einem Andern eine vermeintlich giftige Substanz, in Wahrheit ein völlig unschädliches Mittel, verabreicht hat, dem Andern ein Gegengift gibt, das für sich allein eine schädliche Wirkung auszuüben vermag, da der Täter das ernstliche Bemühen hat, den in seiner Vorstellung, in seiner Fantasie bestehenden Erfolg abzuwenden; in Wirklichkeit tritt durch das ernstliche Bemühen des Täters, den vermeintlichen Erfolg abzuwenden, das Gegenteil dessen ein, was der Täter erreichen will.

Die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs in E 19 stellt in Wahrheit gar keine Lösung der Frage dar, sondern nur eine Scheinregelung, keineswegs aber eine grundsätzliche Entscheidung, da eine Aufgabe, die der Gesetzgeber zu lösen hat, auf den Richter nicht abgeschoben werden kann.

§ 20.

4. Der untaugliche Versuch nach dem Entwurf 1925. (E 25 §§ 23, 24, 228)

Der E 25 entscheidet sich bei der Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen für die sub-

jektive Theorie (§ 23 Abs. 1), bei der Frage des untauglichen Versuchs für die subjektiv-objektive Theorie (§ 23 Abs. 4).

Die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung bestimmt sich nach rein subjektiven Kriterien.[1]) Die Grenze zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen kann nach der subjektiven Theorie sowohl diesseits wie jenseits einer objektiven Grenzlinie liegen; denn die Beurteilung einer Handlung als Ausführungshandlung liegt nicht auf objektivem Felde, sondern in der geistigen Sphäre des Täters. Der Täter selbst muß den Maßstab für die Charakterisierung seiner Handlung angeben. Da aber nach der subjektiven Theorie das Geständnis des Täters bei Beurteilung einer Handlung d h. das Geständnis des Täters für die Charakterisierung der Objektivität nicht berücksichtigt werden darf, die Handlung vielmehr als solche ihren Charakter als Ausführungshandlung offenbaren soll, so bleibt unerfindlich, wie eine nach der objektiven Theorie den Vorbereitungshandlungen zuzurechnende Handlung nach der subjektiven Theorie als Ausführungshandlung charakterisiert werden kann.

Die subjektive Theorie vermag eine Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen theoretisch nicht gleichmäßig durchzuführen und muß in der Praxis an der Beweisfrage scheitern.[2])

Nach der subjektiven Theorie kann zwischen tauglichen und untauglichen Ausführungshandlungen einerseits und zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand andererseits nicht mehr unterschieden werden, nach der subjektiven Theorie ist konsequent der untaugliche Versuch und jeder Mangel am Tatbestand dem Versuchsgebiete einzureihen. Der E 25 will aber in § 23 Abs. 4 für die Frage des untauglichen Versuchs die subjektive Theorie wieder einschränken, da nach der Begründung des E 25 die subjektive Theorie in ihrer konsequenten Durchführung Härten mit sich bringen kann. Nach § 23 Abs. 4 scheiden aus dem Versuchsgebiete jene Fälle aus, in denen der Täter die Tat aus grober Unwissenheit über Naturgesetze an einem Gegenstand oder mit einem Mittel versucht hat, an dem oder mit dem die Tat überhaupt

1) vgl. Hippel Z 47 S. 55.
2) vgl. Schoetensack GS 91 S. 393

nicht ausgeführt werden kann. Durch diese Formulierung ist für die Frage des untauglichen Versuchs die subjektiv-objektive Theorie anerkannt, d. h. aus dem Versuchsgebiete sind die Fälle des nomologischen Irrtums herauszunehmen, während die Fälle des ontologischen Irrtums dem Versuchsbegriffe zu subsumieren sind. Das Tatsachenwissen des Täters wird überprüft nach Maßgabe des allgemeinen Erfahrungswissens, „nach Maßgabe des Erfahrungswissens des mit durchschnittlichem Einsichtsvermögen begabten Mitgliedes der Kulturgemeinschaft."[3]) Es ist zu prüfen, ob die Ausführungshandlung so wie sie in der Vorstellung des Täters gegeben ist und tatsächlich zur Durchführung gelangt, nach allgemeinem Erfahrungswissen für die Erfolgsbewirkung geeignet ist oder nicht; ebenso ist beim untauglichen Objekt zu prüfen, ob das in der Vorstellung des Täters existierende Objekt nach allgemeinem Erfahrungswissen für die Erfolgsbewirkung geeignet ist oder nicht und je nach dem Ausgang dieser Prüfung ist nach dem E 25 strafbarer Versuch zu bejahen oder zu verneinen.

Die Begründung will eine Verurteilung besonders mißlich finden in Fällen, in denen die Tat einer überreizten oder gequälten Fantasie entspringt.[4]) Diese Ansicht ist aber nicht begründet; denn bodenlose Dummheit und grober Unverstand müssen nicht notwendig mit einer gequälten oder überreizten Fantasie zusammenfallen. Irrig ist die Begründung des E 25, wenn sie nur bei gewissen Fällen des untauglichen Versuchs die Strafbarkeit als bestritten ansehen will (S. 23). Das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs ist äußerst bestritten; es existiert in dem großen Gebiet des untauglichen Versuchs keine Frage, die nicht bestritten ist. Die Bestrafung des untauglichen Versuchs, mag dem untauglichen Versuch ein nomologischer oder ontologischer Irrtum zugrunde liegen, wird bei den Anhängern der objektiven Theorie immer Widerspruch hervorrufen.

Beim untauglichen Versuche jeder Art, nicht allein beim nomologischen, sondern auch beim ontologischen Irrtum, ist jeder Erfolgseintritt unmöglich, folglich kann auch kein Erfolg abgewendet werden. Nach dem Entwurfe 25 § 24 Abs. 2 S. 2 soll das ernstliche Bemühen des Täters den Erfolg abzuwenden, genügen, um

3) Dohna Reform des Strafrechts S. 96/97.
4) Begründung zum E 25 S. 23.

dem Täter Straffreiheit zu sichern. Hat der Täter allerdings erkannt, daß der Versuch nicht zur Vollendung führen kann, dann ist tätige Reue ausgeschlossen. Der Entwurf berücksichtigt also die Begünstigung ausdrücklich auf die Zeit, da der Täter noch nicht weiß, daß der Erfolgseintritt ausgeschlossen ist.

Für den Versuch der Abtreibung ist dem Richter die Möglichkeit gegeben, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen, auch wenn das Ausbleiben des Erfolges nicht in einer groben Unwissenheit über Naturgesetze begründet ist. Der Richter ist also ermächtigt, bei allen Fällen des untauglichen Versuchs, sowohl in den Fällen des nomologischen und des ontologischen Irrtums von Strafe abzusehen. Nach der Begründung des E 25 ist die Möglichkeit der Anwendung des § 228 Abs. 3 gegeben, wenn eine Frau irrtümlich eine nach Lage der Sache mögliche Empfängnis unterstellt, ohne in Wahrheit schwanger zu sein.[5])

§ 21.

5. Der untaugliche Versuch nach dem Entwurfe 1927. (E 27 §§ 26, 27, 73, 76, 253)

Nach der Begründung des E 27 entscheidet sich der E 27 für die Frage der Lösung des untauglichen Versuchs grundsätzlich für die subjektive Theorie. Die gesetzliche Anerkennung der subjektiv-objektiven Theorie ist nach der Begründung des E 27 manchen Bedenken begegnet.[1]) Der E 27 verzichtet darauf, für einen bestimmten Ausschnitt aus dem Gebiete des untauglichen Versuchs, für die Fälle des nomologischen Irrtums Straffreiheit zu gewähren. Nach der Begründung des E 27 kehrt der E 27 wieder zur subjektiven Theorie zurück.

Allein der E 27 bringt die subjektive Theorie nicht klar und eindeutig zum Ausdruck; weder für die Lösung der Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen, noch für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs ist die subjektive Theorie im E 27 klar und eindeutig festgelegt.

5) Begründung zum E 25 S. 23
1) Begründung zum E 27 S. 24

Die Abgrenzung der Vorbereitungs- von den Ausführungshandlungen kann im E 27 nicht befriedigen. Der E 27 stellt durch die begriffliche Formulierung des § 26 Abs. 1 für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen eine doppelte Grenze auf. Aus der begrifflichen Fassung des § 26 Abs. 1 ergibt sich deutlich, daß der E 27 zwei grundverschiedene Grenzlinien für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen zieht. Nach der begrifflichen Formulierung des § 26 Abs. 1 ist in E 27 für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen ein objektiver und ein subjektiv-objektiver Maßstab anerkannt, d. h. Ausführungshandlung ist jede Handlung, die einen Anfang der Ausführung bildet (objektive Theorie) oder nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorstellt, bilden würde (subjektiv-objektive Theorie).

Im E 27 ist also ausdrücklich eine doppelte Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen anerkannt. Wenn der E 27 eine doppelte Grenze anerkennt, dann muß notwendig eine doppelte Abgrenzung auch Anwendung finden. Eine doppelte Grenze aufzustellen, ohne anzugeben, welche Grenze im Einzelfalle zu entscheiden hat, bedeutet eine gesetzgeberische Inkonsequenz. In objektiver Hinsicht kann eine Ausführungshandlung vorliegen, in subjektiv-objektiver Hinsicht kann eine Vorbereitungshandlung gegeben sein; der Entwurf 27 läßt unentschieden, ob für die Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen primär eine objektive und erst sekundär eine subjektiv-objektive Grenzlinie oder umgekehrt heranzuziehen ist. Eine klare und eindeutige Stellung, eine prinzipielle Entscheidung für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen läßt der E 27 vermissen.

Dem Gesetzgeber ist zu empfehlen, für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen einen objektiven Maßstab zu wählen, da jede subjektive Theorie zu völlig verschiedenen Ergebnissen führt und in der Praxis an der Beweisfrage scheitern muß.

Nach der Begründung des E 27 entscheidet sich der E 27 für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs für die subjektive Theorie. Aus der Konsequenz der subjektiven Theorie

ergibt sich die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande. Die Begründung des E 27 leugnet auch eine Grenze, wenigstens eine gesetzgeberisch verwertbare Grenze zwischen tauglichem und untauglichem Versuch [2]) Ganz im Widerspruche zu der grundsätzlichen Anerkennung der subjektiven Theorie trifft der E 27 für den untauglichen Versuch eine Sonderregelung. Wenn aber durch den E 27 für den untauglichen Versuch eine Sonderregelung eingeräumt ist, dann muß notwendig auch eine Grenze zwischen tauglichem und untauglichem Versuch bestehen. Der E 27, der sich grundsätzlich zur subjektiven Theorie bekennt, setzt für die Anwendung des § 26 Abs. 3 ausdrücklich eine objektive Grenze zwischen tauglichem und untauglichem Versuch voraus.

Nach der Begründung des E 27 findet § 26 Abs. 3 für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs Anwendung.[3]) Aus dem E 27 selbst ist aber nicht klar und eindeutig zu entnehmen, ob § 26 Abs. 3 auf das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs auszudehnen ist; denn die Anwendung des § 26 Abs. 3 ist gegeben, wenn das vom Täter ausersehene Mittel oder der vom Täter ausersehene Gegenstand überhaupt nicht zur Vollendung führen kann. Der Begriff „ausersehen" enthält eine Relation zu der Vorstellung des Täters; das vom Täter ausersehene Mittel oder der vom Täter ausersehene Gegenstand kann nur das in der Vorstellung des Täters gegebene Mittel oder Objekt sein, mag der Täter das ausersehene Mittel tatsächlich gebraucht haben oder nicht. Das vom Täter ausersehene Mittel oder der vom Täter ausersehene Gegenstand führt aber nur in den Fällen des nomologischen Irrtums unter keinen Umständen zum Erfolge; dagegen ist in den Fällen des ontologischen Irrtums das vom Täter ausersehene Mittel oder der vom Täter ausersehene Gegenstand als tauglich für die Erfolgsbewirkung anzusehen; denn nur ein Versehen des Täters hindert die Anwendung des ausersehenen Mittels oder den Angriff auf das ausersehene Objekt. Nach der begrifflichen Fassung des § 26 Abs. 3 ist die Anwendung des § 26 Abs. 3 nur für die Fälle des nomologischen Irrtums gegeben. Will der E 27 unter dem Begriff „ausersehen" nicht nur das in der Vorstellung des Täters, sondern

2) Begründung zum E 27 S. 24.
3) Begründung zum E 27 S. 25.

auch das in Wirklichkeit gegebene Mittel oder Objekt verstehen, dann ist der Begriff „ausersehen" wegen seiner subjektiven Beziehung, seiner Relation zur Vorstellung des Täters abzulehnen.

Nach dem E 27 ist der Richter ermächtigt, für den untauglichen Versuch die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern und zwar noch mehr zu mildern, als es prinzipiell für den Versuch durch § 26 Abs. 2 vorgeschrieben ist; in besonders leichten Fällen kann der Richter von Strafe absehen.

Nach der Begründung des E 27 ist die Frage des Mangels am Tatbestand noch nicht genügend geklärt,[4]) sodaß der E 27 von einer ausdrücklichen Regelung absieht. Bei der grundsätzlichen Anerkennung der subjektiven Theorie im E 27 bleibt aber für eine Sonderstellung des Mangels am Tatbestande kein Raum übrig.

Im Falle der tätigen Reue ist dem Täter, ähnlich wie in E 19 (§ 25) und E 25 (§ 24) Straffreiheit zugesichert, wenn er, solange er nicht weiß, daß der Erfolgseintritt ausgeschlossen ist, sich ernstlich bemüht, den Eintritt des Erfolges abzuwenden (§ 27).

Nach § 253 Abs. 3 ist der Richter beim Versuch der Abtreibung, auch wenn die Voraussetzungen des § 26 Abs 3 nicht vorliegen, ermächtigt, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen; wenn aber nach der Begründung des E 27 für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs § 26 Abs. 3 Anwendung findet, und in besonders leichten Fällen das Gericht, auch wenn die Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 nicht vorliegen, von Strafe absehen kann, dann muß die Möglichkeit der Straffreierklärung durch den Richter auch beim tauglichen Abtreibungsversuche gegeben sein.

Die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs in E 27 ist im Prinzip dieselbe wie im E 19; ebensowenig wie die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs in E 19, so kann auch die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs im E 27 nicht gebilligt werden. Weder E 19 noch E 27 enthalten eine grundsätzliche Entscheidung, sondern nur eine Scheinlösung, da die entscheidende Lösung im Einzelfalle auf den Richter abgeschoben wird.

4) Begründung zum E 27 S. 25.

II. Der österreichische und schweizerische Regierungsentwurf.

§ 22.

1. Der untaugliche Versuch nach dem Regierungsentwurfe eines österreichischen Strafgesetzbuches von 1913. (RE §§ 13, 14)

Die Regelung der Frage des untauglichen Versuchs im österreichischen RE 13 ist im Prinzip dieselbe wie im Gegenentwurf 11 zum deutschen VE 1909. Die begriffliche Formulierung des deutschen GE 11 ist der begrifflichen Formulierung des österr. Regierungsentwurfes vorzuziehen; die begriffliche Formulierung des deutschen GE 11 ist klarer und schärfer als die des österr. RE, insbesondere die begriffliche Formulierung des untauglichen Versuches in § 29 GE 11 im Sinne der subjektiv-objektiven Theorie kann wegen ihrer knappen und scharfen Fassung als genügend erachtet werden.

Nach dem RE 13 ist als Ausführungshandlung jede Handlung anzusehen, die unmittelbar der Ausführung der Straftat dient. Durch den Begriff unmittelbar ist die Beziehung der Ausführungshandlung zur Straftat gekennzeichnet, d. h. aus dem Versuchsgebiete scheiden alle Handlungen, die nur mittelbar der Ausführung der Straftat dienen, nämlich Handlungen, die die Ausführung der Straftat nur vorbereiten, ermöglichen, erleichtern, ohne die Straftat selbst zu realisieren, aus. Der RE 13 gibt aber ebenso wenig wie der deutsche GE 11 das entscheidende Kriterium für die Grenzziehung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen; der RE 13 läßt unentschieden, ob die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen nach subjektiven oder objektiven Kriterien durchzuführen ist; denn der RE 13 läßt eine grundsätzliche Stellung für die subjektive oder objektive Theorie vermissen. Der RE 13 entscheidet sich für die Frage des untauglichen Versuchs für eine Kompromißlösung, aus dieser vermittelnden Lösung kann für die Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen nichts gewonnen werden.

Je nach der theoretischen Grundlage findet dasselbe Prinzip für die Lösung der Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung und für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs Anwendung; de lege ferenda ist eine verschiedene Lösung der beiden Fragen möglich und durchführbar. Dem Gesetzgeber steht es frei, für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen einen objektiven Maßstab zu wählen und für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs einen subjektiven Maßstab heranzuziehen. Eine verschiedene Behandlung der beiden Fragen ist im Gesetze durch klare und eindeutige Fassung festzulegen.

Die subjektive Theorie führt in der Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen zu ganz verschiedenen Resultaten und muß in der Praxis an der Beweisfrage scheitern. Eine theoretisch und praktisch allgemein gültige und brauchbare Formel für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen bietet nur die objektive Theorie. Aufgabe des Gesetzgebers ist es, für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen eine klare und eindeutige Formulierung zu geben.

Für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs entscheidet sich der RE 13 für die subjektiv-objektive Theorie (RE 13 § 14).

Der RE 13 gewährt zunächst grundsätzlich für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs Straffreiheit, d. h. strafrechtlich irrelevant sind alle Handlungen, die von vornherein den Eintritt des Erfolges als unmöglich erscheinen lassen. Diese Regelung entspricht der theoretischen Grundlage der objektiven Theorie. Der RE 13 schränkt aber die generelle Straffreiheit durch eine Ausnahmeregelung wieder ein. Nach dem RE 13 sind dem Versuchsgebiete einzugliedern die Fälle des ontologischen Irrtums, d. h. jene Fälle, in denen der Täter in einem Irrtum über die tatsächlichen Verhältnisse der Außenwelt befangen ist. Das Tatsachenwissen des Täters, das Vorstellungsbild des Täters bezgl. des Mittels und des Objekts ist nach allgemeinem Erfahrungswissen zu überprüfen, und je nach dem Ausgang dieser Prüfung ist

strafbarer Versuch zu bejahen oder zu verneinen. Ist das von der Vorstellung des Täters umfaßte Mittel oder Objekt nach allgemeinem Erfahrungswissen als taugliches Mittel oder taugliches Objekt zu qualifizieren, dann liegt ein ontologischer Irrtum vor; nach RE 13 ist der ontologische Irrtum dem Versuchsbegriffe zu subsumieren. Ist dagegen das von der Vorstellung des Täters umfaßte Mittel oder Objekt nach allgemeinem Erfahrungswissen generell ungeeignet für die Erfolgsbewirkung, d. h. ist das in der Vorstellung des Täters gegebene Mittel oder Objekt, das identisch ist mit dem in der Realität vorhandenen Mittel oder Objekt, nach allgemeinem Erfahrungswissen als untaugliches Mittel oder Objekt zu qualifizieren, dann liegt ein nomologischer Irrtum vor, nach dem RE 13 scheidet der nomologische Irrtum aus dem Versuchsbegriffe aus.

Die begriffliche Formulierung des § 14 bringt die Strafbarkeit des ontologischen Irrtums nicht klar und scharf zum Ausdruck; der Begriff des Irrtums ist für eine begriffliche Formulierung des ontologischen Irrtums verwirrend, da der Begriff des Irrtums ganz verschieden verwendet wird. Im streng logischen Sinne liegt jedem Versuche ein Irrtum zugrunde; nach der objektiven Theorie liegt nur dem untauglichen Versuche und dem Mangel am Tatbestande ein Irrtum zugrunde. Der Begriff des Irrtums im RE 13 ist in einem ganz engen Sinne gebraucht, nämlich in einem subjektiven Sinne; vom Standpunkt des Täters aus liegt ein Irrtum vor; denn der Täter will ein taugliches Mittel verwenden, bezw. seine Angriffshandlungen gegen ein taugliches Objekt richten, aus Verwechslung, aus Irrtum, aus Versehen, aus Zufall aber verwendet er ein untaugliches Mittel, bezw. richtet er seine Angriffshandlung gegen ein untaugliches Objekt. Durch die Ausnahmeregelung von der generellen Straflosererklärung des untauglichen Versuchs wird der Irrtum des Täters über die tatsächlichen Verhältnisse charakterisiert, d. h. der ontologische Irrtum wird dem Versuchsbegriffe einbezogen und nur für den nomologischen Irrtum Sraffreiheit gewährt.

Für eine begriffliche Formulierung des untauglichen Versuchs im Sinne der subjektiv-objektiven Theorie ist die Fassung des deutschen GE 11 vorzuziehen, da sie nicht durch eine negative

Ausnahmeregel von einer positiven allgemeinen Regel, sondern durch eine positive Ausnahmeregel den Begriff des untauglichen Versuchs im Sinne der subjektiv-objektiven Theorie zur gesetzlichen Lösung bringt.

§ 23.

2. Der untaugliche Versuch nach dem schweizerischen Regierungsentwurfe von 1918.

(Art. 19, 20, 63)

Der schweizer Regierungsentwurf von 1918 entscheidet sich für die Lösung der Frage des untauglichen Versuchs grundsätzlich für die subjektive Theorie; jede Betätigung eines verbrecherischen Willens, die das Gebiet der straflosen Vorbereitungshandlungen überschritten hat, ist der Versuchsstrafe verfallen.

Bei der grundsätzlichen Anerkennung der subjektiven Theorie muß die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen nach subjektiven Kriterien erfolgen. Die subjektive Theorie liefert aber für die Frage der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen in der Theorie ganz verschiedene Resultate und muß in der Praxis an der Beweisfrage scheitern.

Nach der konsequent durchgeführten subjektiven Theorie ist der untaugliche Versuch und der Mangel am Tatbestande dem Versuchsbegriff zu subsumieren. Für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande ist im Art. 20 eine Sonderregelung vorgesehen, der Richter ist für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs ermächtigt, die Strafe zu mildern, d. h. noch mehr zu mildern, als es prinzipiell für den Versuch im Art. 19 vorgeschrieben ist. Der Richter kann für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs die normale Versuchsstrafe festsetzen oder auf die niedrigste zulässige Strafgrenze herabgehen, oder auf eine mildere Art der Strafe erkennen (Art. 63).

Eine Grenze zwischen tauglichem und untauglichem Versuch und Mangel am Tatbestand vermag nur die objektive Theorie zu geben; wenn aber der untaugliche Versuch und der Mangel am Tatbestand im Art. 20 einer Sonderregelung unterworfen ist, dann ist in Art. 20 ausdrücklich die objektive Theorie anerkannt. Allerdings zieht der RE 18 nicht die aus der objektiven Theorie sich ergebenden Konsequenzen, sondern läßt nur fakultative Strafmilderung für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs zu.

Nach Art. 20 Abs. 2 kann der Richter in Fällen, in denen der Täter aus Unverstand handelt, von Strafe absehen. Der Begriff Unverstand ist äußerst dehnbar und kann in Theorie und Praxis zu Bedenken Anlaß geben. Versteht man den Begriff Unverstand im Sinne der subjektiv-objektiven Theorie, daß unter dem Begriff Unverstand die Fälle des nomologischen Irrtums zusammengefaßt werden, dann ist eine grundsätzlich einheitliche Lösung gegeben, wenn auch diese Lösung nicht scharf und deutlich aus dem Gesetz hervorgeht.

Rein theoretisch bestehen für die rechtliche Lösung der Fälle, in denen der Täter aus Unverstand handelt, drei Möglichkeiten: Der Richter kann die Versuchsstrafe eintreten lassen, er kann die Strafe mildern, er kann von Strafe ganz absehen. Eine prinzipielle Lösung jener Fälle, in denen der Täter aus Unverstand handelt, ist nicht gekennzeichnet. Die Lösung in Art. 20 Abs. 2 bedeutet nur eine Scheinregelung, keineswegs aber eine grundsätzliche Entscheidung, die nicht durch den Richter, sondern durch den Gesetzgeber zu treffen ist.

Der Schweizer Regierungsentwurf vereinigt die Ergebnisse der subjektiven, objektiven und der subjektiv-objektiven Theorie; bei der grundsätzlichen Anerkennung der subjektiven Theorie ist in Art. 20 Abs. 1, der für das ganze Gebiet des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande fakultative Strafmilderung gewährt, die objektive Theorie und in Art. 20 Abs. 2 für Fälle, in denen beim Handeln aus Unverstand die Möglichkeit der Straffreierklärung gegeben ist, die subjektiv-objektive Theorie im Gesetze anerkannt.